

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 54

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

Impresión

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

Depósito Legal: VA. 157-2000

ISSN 1576-169X

Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General Thomson Reuters Lex Nova

Daniel Tejada Benavides

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-RECU



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 PESEZ

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

EL POLÉMICO RETORNO DE LOS CONTRATOS TEMPORALES DE COLABORACIÓN SOCIAL

La fe en el trabajo civilizador y liberador ha ocupado históricamente el centro del discurso social y la inactividad se ha configurado como un «crimen social» que crea un peligro para el que se entrega a él y para la colectividad de la que es miembro, «cada uno debe pagar su deuda social y contribuir al desarrollo de la especie humana y de la nación» (Lipovetsky).

Ello explica que las ideologías modernas hayan concebido el trabajo como un deber social antes de cómo un derecho, lo que justifica que el artículo 35.1 CE, antes aún de declarar el derecho al trabajo, se refiere al deber de trabajar. En todo caso, «no se trata, en rigor, de un deber constitucional porque el artículo 35.1 CE pueda justificar restricciones legislativas de la libertad de las personas, consistentes en la imposición de trabajos forzados», dado que «la imposición de obligaciones de hacer a las personas ha de estimarse absolutamente excepcional, por lo que sólo puede justificarse cuando no haya otro medio de satisfacer un interés general suficientemente relevante; y, además, su fundamento constitucional no se encontraría en el artículo 35.1 CE, sino en las “prestaciones personales” de las que habla el artículo 31.3 CE» (L.M. Díez Picazo). Ciertamente, nadie puede ser forzado a trabajar; pero la mención de un deber de trabajar en el artículo 35.1 CE da cobertura a eventuales medidas legislativas desfavorables a la conservación de estados de inactividad.

Ya en 1934, el artículo 9 del Convenio nº 44 OIT, por el que se garantizan indemnizaciones o subsidios a los desempleados involuntarios, estableció que: «el derecho a recibir una indemnización o un subsidio podrá estar sujeto a la aceptación, en las condiciones que fije la legislación nacional, de un empleo en los trabajos de asistencia organizados por una autoridad pública». Posteriormente, y en un contexto de elevado desempleo, el RD 2544/1979, de 19 de octubre, estableció un programa de colaboración entre el INEM y las corporaciones locales, con objeto de que para la realización de obras, trabajos o servicios de utilidad social puedan utilizar trabajadores desempleados perceptores del subsidio de desempleo, sin que estos dejen de percibir las prestaciones correspondientes y corriendo a cargo de la corporación el pago de la cantidad restante hasta el 100 por 100 de la base para el cálculo de la prestación de los trabajadores adscritos a estos trabajos. Posteriormente, el RD 421/1980, de 8 de febrero, procedió a extender a la Administración del Estado el sistema de colaboración entre el Instituto Nacional de Empleo y las Corporaciones Locales.

En los años ochenta, el artículo 6 de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de empleo, continuó el anterior camino al precisar que «el Instituto Nacional de Empleo podrá exigir de todo trabajador desempleado, siempre que perciba la prestación de desempleo o el subsidio previstos en esta Ley, un trabajo de colaboración cuando el mismo: a) Sea de utilidad social y redunde en beneficio de la comunidad. b) Se concierte con un organismo

público o privado de utilidad social, o de carácter benéfico o asistencial sin ánimo de lucro. c) Tenga un carácter temporal. d) Se realice en el ámbito de la oficina de empleo en la que esté registrado y que e) Coincida con las aptitudes físicas y profesionales del trabajador desempleado. Fue bajo el manto de esta disposición bajo el que vio la luz el vigente RD 1445/1982, de 25 de junio, sobre medidas de fomento del empleo, disposición luego modificada por el RD 1809/1986, 28 de junio.

Los artículos 38 y 39 del RD 1445/1982, condicionan la validez de un trabajo temporal de colaboración social al cumplimiento de una serie de exigencias: a) Que los trabajos a realizar sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad. b) Que tengan carácter temporal y duración máxima hasta el periodo que le falte al trabajador por percibir la prestación o subsidio por desempleo reconocido. c) Coincidan con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado. d) No supongan un cambio de residencia habitual del trabajador. Por su parte, el artículo 38.4 del RD 1445/1982, de 25 de junio, señala que «los trabajadores que participen en la realización de obras, trabajos o servicios a que se refiere el número uno de este artículo tendrán derecho a percibir con cargo al Instituto Nacional de Empleo la correspondiente prestación o subsidio por desempleo. Las Administraciones Públicas completarán, mientras realicen tales trabajos, la prestación o subsidio hasta el importe total de la base reguladora para el cálculo de la prestación contributiva que estuviere percibiendo o que hubiere agotado antes de percibir el subsidio. En todo caso, se garantizará el 100 por 100 del Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento».

En idéntica dirección a las anteriores y siguiendo una inveterada tradición, el artículo 213.3 LGSS, dispone que «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 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, impidiendo la falta de tal carácter laboral que el cese sea calificado de despido.

Ciertamente, el rasgo característico de esta modalidad contractual es el hecho de que se trata de la prestación de un servicio que puede exigirse a los trabajadores perceptores de desempleo y que éstos están obligados a realizar si quieren seguir ostentando el derecho a dichas prestaciones y continuar percibiéndolas en la misma cuantía y sin solución de continuidad. Esto supone que la realización de dichos trabajos supone para los desempleados una carga que deben soportar si quieren mantener en vigor su derecho.

A lo largo de los años la Sala de lo Social de Tribunal Supremo ha dictado numerosos pronunciamientos en los que ha precisado que los trabajos de colaboración social no requieren la adscripción a una obra concreta y específica, sino que quedan justificados con la simple adscripción del trabajador desempleado a la realización de una función pública que, por sí misma, es de utilidad social, con lo que por esa razón no pueden ser calificados de fraudulentos, considerando válida la colaboración social también en estos casos. Y ello sobre la base de diferentes argumentos: 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. Tómense como ejemplo de esta línea interpretativa las SSTs 24 de abril de 2000 (Rec. 2864/1999); 30 de abril de 2001 (Rec. 2155/2000) de 11 de diciembre de 2008 (Rec. 69/2008), 18 de septiembre de 2012 (Rec. 3597/2011).

Aunque dicha doctrina ha sido constante, algún voto particular ha venido a poner en cuestión los anteriores razonamientos. Un buen ejemplo lo proporciona el que acompaña a la STS 9 de mayo de 2011 (Rec. 2928/2010). En dicho voto particular se analiza, en primer lugar, el requisito de la temporalidad. Señala el citado voto que la sentencia de la que discrepa, «en lugar de concluir que los trabajos normales y permanentes de una Administración Pública no tienen carácter temporal, y por lo tanto no pueden cubrirse con esta modalidad contractual que exige que los trabajos objeto de contratación tengan carácter temporal, argumenta que el contrato en cuestión sí lo tiene —pues es temporal *ex lege*— y que ello es suficiente puesto 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 ET...”, es decir, con el objeto del contrato. Argumento —continúa el voto particular—, “que nos parece una petición de principio: el contrato es temporal porque legalmente tiene que serlo y, por lo tanto, cumple la exigencia de temporalidad del objeto del mismo”».

Estudia el citado voto particular el requisito relativo a que el objeto del contrato debe consistir en la realización de trabajos «que sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad». A tal efecto señala que: «Desde luego, el legislador no define cuales son esos trabajos y no podría hacerlo, pues es algo indeterminable a priori. Ahora bien, entiendo que sí cabe al menos una delimitación negativa: no podemos afirmar que, por el hecho de que la entidad contratante sea una Administración Pública, ya existe esa utilidad social y ese beneficio para la comunidad. Porque, si así fuera, no sería necesario que esa utilidad y ese beneficio se expresaran como requisito para la licitud de esta contratación puesto que la misma está reservada por el artículo 38 del RD 1445/1982 a las Administraciones Públicas (si bien el artículo 213 de la LGSS menciona también a las entidades sin ánimo de lucro, pero ello no debilita el argumento, que sería el mismo *mutatis mutandis*). Es más, el artículo 39 del RD 1445/1982 exige que las Administraciones Públicas que pretendan hacer uso de este tipo de contratos deberán acreditar documentalmente, tanto «la obra o servicio que se vaya a realizar y su exacta localización» (lo que contradice el argumento de la sentencia de la que discrepo sobre que no se exige la concreción de esta obra o servicio y, por ende, su temporalidad, aunque la misma sea incierta) y, lo que ahora nos importa subrayar, «la utilidad social de tales obras, trabajos o servicios». Por lo tanto, es algo que no se da por supuesto, por el hecho de que el sujeto contratante sea una Administración Pública, sino que ésta habrá de acreditarlo, y ello será objeto del

correspondiente control judicial. Será pues, a posteriori cuando se determinará si concurre o no el requisito de la utilidad social y beneficio para la comunidad, utilizando para ello las reglas de la sana crítica.

No obstante, pese a los citados argumentos, el Tribunal Supremo mantiene su tradicional criterio del que resulta buena muestra la reciente STS 4 de febrero de 2013 (Rec. 4057/2011). Se trataba, en este caso, de un trabajador de la Consejería de Industria y Nuevas Tecnologías de la Comunidad Autónoma de Canarias que había prestado servicio como auxiliar administrativo en el marco de un contrato de colaboración social mientras estaba cobrando el subsidio para mayores de 52 años. No hacía nada diferente a cualquier otro auxiliar administrativo contratado laboralmente o como funcionario y no tenía asignada tarea con un límite temporal, ya que su trabajo era parte del de continuidad de la Consejería. Cuando en 2010 la Consejería da por finalizado el contrato de colaboración social por fin de la actividad para la que había sido contratado, el trabajador reclama por despido al entender que se trata de un fraude de ley y un abuso de derecho. La sentencia de instancia y el Tribunal Superior de Justicia estimaron la demanda. La Comunidad Autónoma Canaria recurrió ante el Tribunal Supremo. Este, nuevamente, volvió a considerar 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) ET y 2 del RD 2546/94, sino que el trabajo del desempleado implica, desde el inicio, una obra o un servicio durante un tiempo limitado». Es decir, que aun 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.

Igualmente, la STS 8 de marzo de 2013 (Rec. 342/2012), alcanzó la misma conclusión en un supuesto en el beneficiario de la prestación de desempleo, previa petición por parte de un organismo público al Instituto Nacional de Empleo (INEM) —hoy SPEE—, es adscrito por este Instituto a la Administración solicitante —Consejería de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias—, con el fin de prestar servicios de gestión, al amparo del mencionado RD 1445/1982. Tras cinco prórrogas del contrato, la Administración, que paga una cantidad adicional, comunica al trabajador su cese, discutiéndose si este constituye un despido improcedente, al encubrir una auténtica relación laboral, o extinción de la relación de adscripción al ente público.

La Orden 2445/2013, de 16 de mayo, de la Consejera de Empleo, Turismo y Cultura, por la que se regulan las subvenciones para la colaboración con los Ayuntamientos en la realización del Programa de Recualificación Profesional de Desempleados Participantes en Trabajos Temporales de Colaboración Social y se convocan subvenciones para el año 2013 regula, como medida de política de empleo, la concesión de subvenciones para facilitar la realización de determinadas obras o servicios a ejecutar por los ayuntamientos de la Comunidad de Madrid con personas desempleadas demandantes de empleo y que estén percibiendo las prestaciones por desempleo. Medida que se justifica tanto por la importancia del desempleo en la Comunidad Autónoma en general, y en determinados colectivos en particular, como por la necesidad de «acometer medidas de activación» para personas desempleadas que provengan de sectores en crisis o que se encuentren en situación de desempleo de larga duración, «que permitan su recualificación profesional y aumenten su empleabilidad».

Los desempleados participantes recibirán «experiencia profesional en la obra o servicio», diez horas de formación por cada mes de duración de la obra o servicio —aunque estos cursos no tendrán que estar «vinculados específicamente al puesto de trabajo objeto de la colaboración social» y podrán ser los habituales cursos de los servicios públicos de empleo sobre idiomas, trabajo en equipo o prevención de riesgos laborales— y ocho horas al mes de orientación profesional «para la búsqueda activa de empleo y, en su caso, para el desarrollo de una iniciativa emprendedora, a través de la Oficina de Empleo». Se establece también que los desempleados seleccionados para participar en alguno de los proyectos municipales «tendrán la obligación» de «asistir y cumplir el horario» del trabajo asignado, «realizar con aprovechamiento las obras o servicios a las que sean adscritos», «seguir con aprovechamiento las enseñanzas teórico-prácticas» y «asistir a las sesiones de orientación a las que le convoque la Oficina de Empleo» y «aceptar las medidas de inserción laboral que acuerden».

La citada disposición ha generado una enorme polémica. Se ha afirmado que se trata de una «una malísima medida, una forma de economía sumergida, de empleo encubierto cobrando una prestación por desempleo. Y el origen de estas medidas claramente discriminatorias y que perjudican de forma clara a los parados está en la reforma laboral, que realmente ampara, da cobijo legal, a este tipo de medidas». Igualmente, se ha afirmado que se trata de un tipo de mano de obra «casi esclava» y «a bajo precio». A ello se añade que el carácter contributivo de las prestaciones de desempleo cuestiona el recurso a esta medida, así como que la misma produce una distorsión en el mercado de trabajo y, en definitiva, una repercusión negativa sobre la propia creación de empleo.

Todavía pesa con frecuencia en la idea que la sociedad tiene del desempleado la tendencia maltusiana a considerar al paro como «ocio voluntario». Pero, sin llegar tan lejos, se atribuye el desempleo prolongado al exceso de generosidad en el sostenimiento de la renta de los beneficiarios de la prestación. Para este enfoque, el seguro de desempleo si bien no crea la situación de paro, sí la prolonga y produce un evidente efecto de descualificación que impone el desarrollo de medidas de activación.

Varias dudas recorren el debate: ¿Es el deber de trabajar un deber ético o jurídico? ¿Estamos en presencia de un tipo de trabajo social o, más propiamente, de una prestación personal obligatoria? ¿Políticas de *welfare* o políticas de *workfare*? Muchos interrogantes, como puede observarse, abre este polémico resurgir de los trabajos temporales de colaboración social.

Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
Jesús R. MERCADER UGUINA

ÍNDICE GENERAL

Página

EDITORIAL

EL POLÉMICO RETORNO DE LOS CONTRATOS TEMPORALES DE COLABORACIÓN SOCIAL

Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús R. Mercader Uguina 3

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA ULTRAATIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

José María Goerlich Peset 13

NUEVAS TENDENCIAS EN LA CONTRATACIÓN: LAS HERRAMIENTAS DE FOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

Eva M. Blázquez Agudo 37

REFLEXIONES DE URGENCIA ACERCA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2012 Y DE SUS CONSECUENCIAS PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

José Ignacio Tejerina Alonso 75

EL PACTO DE TOLEDO Y LA FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. AVANCES RECIENTES Y CUESTIONES ABIERTAS A DEBATE

Javier Aibar Bernad 93

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO

Óscar Fernández Márquez 143

II. TRABAJADOR

Luis Enrique de la Villa Gil (dir.); Luis Enrique de la Villa de la Serna (Hogan Lowells); Diego de la Villa de la Serna; María de Sande Pérez-Bedmar (coord.); Maravillas Espín Sáez; Jesús González Velasco; Luis Gordo González; Rosa Rodríguez Gutiérrez (Roca Junyent) 169

III.	EMPRESARIO	
	<i>Jesús Cruz Villalón; Rafael Gómez Gordillo; Macarena Hernández Bejarano; Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco; María Sepúlveda Gómez</i>	185
IV.	CONTRATACIÓN LABORAL	
	<i>José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; María Amparo Esteve Segarra; Mercedes López Balaguer</i>	211
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>	217
VI.	DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	
	<i>M.ª Carmen Ortiz Lallana; Begoña Sesma Bastida; Inmaculada Baviera Puig</i>	255
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 Atauri; Daniel Pérez del Prado</i>	267
VIII.	NEGOCIACIÓN COLECTIVA	
	<i>Javier Gárate Castro</i>	283
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>	291
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> .	301
XI.	ADMINISTRACIÓN LABORAL	
	<i>José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; Mercedes López Balaguer; María Amparo Esteve Segarra</i>	331
XII.	EL PROCESO LABORAL	
	<i>Lourdes Martín Flórez; Ana Alós Ramos; Ana Higuera Garrido; Raúl Boo Vicente</i> .	337
XIII.	SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO	
	<i>José Luis Goñi Sein; Margarita Apilluelo Martín; Manuel González Labrada; Elisa Sierra Hernaiz</i>	349

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS	357
-------------------	-------	-----

Revista de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social

Justicia Laboral

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA ULTRA ACTIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS (*)

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València
Consultor académico. Broseta abogados.*

RESUMEN

El inminente fin de la ultraactividad de los convenios colectivos que llevan más de un año denunciados y sin ser renovados planteará un importante número de cuestiones en las empresas, y previsiblemente ante los tribunales. José María Goerlich nos analiza en este estudio toda la problemática que surgirá con la nueva regulación de la ultraactividad, y las diferentes teorías interpretativas que están apareciendo, dando solución a los diferentes planteamientos.

Palabras claves: Ultraactividad, Vigencia, Convenio colectivo, Denuncia, negociación colectiva

ABSTRACT

The imminent end of the ultraactivity in those collective agreements which have been sued for longer than a year and without being renewed, will bring about an important number of issues in the companies, and predictably in the courts. José María Goerlich analyzes in this study the whole problem that will arise with the new regulation of ultraactivity, and the different interpretative theories that are appearing, giving a solution to the different approaches.

Keywords: Ultraactivity, Validity, Collective Agreement, Complaint, collective bargaining

Fecha de recepción: 5/6/2013

Fecha de aceptación: 5/6/2013

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
 - 1.1. **La formación del marco vigente.**
 - 1.2. **Una valoración preliminar.**
2. RÉGIMEN DE LA ULTRA ACTIVIDAD: LOS PAPELES DE LA LEY Y DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA.
 - 2.1. **Alcance de la vigencia del convenio denunciado.**
 - 2.2. **Régimen legal y autonomía colectiva.**
 - 2.3. **Algunos problemas interpretativos.**

(*) Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada al Foro de debate sobre «La ultraactividad de los convenios colectivos», organizado por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios colectivos. Madrid, 29 de mayo de 2013.

3. DESBLOQUEO DE LA NEGOCIACIÓN Y ARBITRAJE OBLIGATORIO.
 - 3.1. La admisibilidad del arbitraje obligatorio.
 - 3.2. La viabilidad real de la solución arbitral.
 4. LA DURACIÓN MÁXIMA DE LA ULTRAACTIVIDAD Y SUS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS.
 - 4.1. El plazo máximo y su cómputo.
 - 4.2. Los efectos de la finalización de la ultraactividad: aspectos colectivos.
 - 4.3. La aplicación del convenio superior.
 - 4.4. La inexistencia de convenio superior.
 5. EL ACUERDO DE 23 DE MAYO DE 2013: APORTACIONES Y LÍMITES.
- BIBLIOGRAFÍA CITADA.
-

1. INTRODUCCIÓN

En el terreno de la negociación colectiva, uno de los problemas jurídicos que va a plantear un importante número de cuestiones en las empresas y, previsiblemente, ante los tribunales, va a ser el de la ultraactividad de los convenios colectivos. El artículo 86.3 ET ha sufrido, como es sabido, importantes modificaciones como consecuencia de las reformas de 2011 y 2012 (1.1). Y, si bien es cierto que estas modificaciones pueden contribuir a superar deficiencias que aquejaban a nuestro sistema de negociación, no lo es menos que se abren importantes incógnitas respecto a su funcionamiento práctico (1.2).

1.1. La formación del marco vigente

La institución de la ultraactividad fue introducida en España en 1980 cuando se vislumbró el posible problema de los vacíos duraderos que se pueden producir en la disciplina colectiva de las relaciones de trabajo. En la tradición normativa franquista esta cuestión no era relevante o, directamente, existía con un alcance muy limitado. La tradicional intervención administrativa en la generación de normas sectoriales producía lo primero; la regulación de los convenios, lo segundo. En este último terreno, la lectura de la Ley 18/1973, de 19 de diciembre, de convenios colectivos sindicales de trabajo, permite verlo con claridad: o el convenio estaba en vigor, con su vigencia inicialmente establecida o en virtud de prórroga anual por defecto de denuncia (artículo 16) o estaba en revisión; y esta última necesariamente culminaba con éxito puesto que, a falta de acuerdo, se preveía una intervención arbitral, voluntaria en primer término y obligatoria en el momento final (artículo 15), que lo garantizaba. Sin embargo, cuando estas intervenciones desaparecen, aparece como un riesgo evidente. Y, por ello el artículo 86.3 ET-1980 dispuso una solución muy sencilla: «denunciado un convenio, y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia solamente sus cláusulas obligacionales, manteniéndose en vigor, en cambio, su contenido normativo».

En la primera etapa de su vigencia, la institución de la ultraactividad fue valorada muy positivamente por entenderse que atendía diferentes funciones bien legítimas: dotar de certeza a la regulación de las condiciones de trabajo y garantizar el correcto desarrollo del proceso negociador (VALDÉS, 1986, p. 1370). Con posterioridad, aún sin desconocer estas ideas, ha pasado a ser valorada de forma mucho más negativa, considerándola una institución que introduce significativas inercias, estructurales y de contenido, en el proceso contractual. No es por ello de extrañar que ya la reforma de 1994 incidiera sobre ella, procediendo a dispositivizarla. Sin embargo, la inercia/tendencia a la conservación que caracteriza el sistema ha hecho que las facultades de los negociadores no hayan sido utilizadas (MARTÍNEZ ABASCAL, 2000, p. 1514). Por eso en los análisis teóricos previos existía cierta unanimidad en el sentido de que resultaría preciso retocarla por sus indicados efectos nocivos (por ejemplo, GONZÁLEZ ORTEGA, 2004). Del mismo modo, en anteriores momentos en los que se ha abierto el debate sobre la reforma del marco legal de la negociación colectiva —por ejemplo, en 2001— éste ha sido uno de los temas que ha sido objeto de consideración (GOERLICH, 2008, p. 95).

La reforma de la negociación colectiva de 2011 se hizo eco de estas preocupaciones. La Exposición de Motivos del RDL 7/2011 hacía referencia en este sentido a que «una vez denunciados, los convenios tardan en empezarse a negociar, las negociaciones se dilatan en el tiempo y se producen situaciones de paralización y bloqueo»; como consecuencia, «las condiciones de trabajo pactadas en el convenio anterior se prolongan en el tiempo sin ser renovadas, sin ajustarse a las nuevas condiciones económicas y productivas, lo que termina por producir perjuicios tanto a las empresas como a los trabajadores». Frente a ello, la reforma se proponía conseguir una «rápida y ágil transición temporal de los convenios» sin que «se produzcan situaciones no deseadas de prolongación en el tiempo de los convenios más allá de la vigencia inicialmente pactada». A estos efectos, se establecieron diferentes normas dirigidas a que se programara en el propio convenio los procedimientos y plazos para su revisión y se dio nueva redacción al artículo 86.3 ET con la idea de que los eventuales bloqueos se resolvieran mediante la activación de procedimientos de solución de las discrepancias dentro de los indicados plazos.

El sistema implantado en 2011 no garantizaba, sin embargo, la efectiva y tempestiva revisión del convenio. Eso sí, podría haber llegado a hacerlo si la negociación en general y los acuerdos interconfederales en materia de solución de conflictos en particular hubieran avanzado en la línea impulsada por el RDL 7/2011. Era, sin embargo, una apuesta cuyo resultado sólo hubiera podido conocerse a medio plazo. El nuevo Gobierno ha preferido no esperar. Para la reforma de 2012, lo prioritario era «evitar una *petrificación* de las condiciones de trabajo pactadas en convenio» lo que requería una intervención más decidida. No se ha desmontado enteramente el esquema: se ha eliminado una parte de las previsiones de 2011 —la vinculada a las desaparecidas reglas sobre duración del procedimiento negociador— pero también se ha respetado una parte sustancial de la redacción del artículo 86.3 ET —el eventual funcionamiento de los procedimientos de solución de conflictos—. Pero al esquema restante se le ha añadido una norma radicalmente diferente a la anterior. De acuerdo con el último párrafo del artículo 86.3 ET establece, como consecuencia de la reforma de 2012, que «transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación».

1.2. Una valoración preliminar

El legislador de 2012 cierra de este modo un debate que se remonta tiempo atrás, introduciendo una solución que tiene algunos aspectos a favor pero que también suscita importantes dudas en cuanto a su configuración y funcionamiento.

Desde la primera perspectiva, es claro, de entrada, que la limitación de la vigencia de la ultraactividad puede tener efectos positivos desde la perspectiva de la renovación de la negociación, tanto de su estructura como de sus contenidos. El nuevo régimen tiene, de un lado, un efecto profiláctico respecto de unidades de negociación que llevan de hecho largo tiempo paralizadas y en las que, sin embargo, se ha venido conservando un convenio ultraactivo. La aplicación de la regla de la disposición transitoria 4.^a Ley 3/2012 implica su próxima desaparición, con la de la propia unidad, que habrá de seguir la suerte que corresponda conforme a los artículos 83 y 84 ET. Hacia el futuro, el artículo 86.3 ET impide que este fenómeno vuelva a repetirse: transcurrido el año al que se refiere el precepto, se producirá este efecto. Por lo que se refiere, de otro lado, a la facilitación de la renovación de los contenidos se relaciona, por supuesto, con el sustancial cambio en el equilibrio hasta ahora existente en el momento de afrontar la renovación del convenio. Si, antes de la reforma de 2012, el artículo 86.3 ET favorecía al «banco social», puesto que, de hecho, la regulación previa suponía una irreversibilidad de los niveles de protección alcanzados, desde febrero de 2012 prima la posición del «banco económico», en la medida en que las organizaciones representativas de los trabajadores negocian amenazados por la espada de Damocles que constituye la decadencia definitiva del convenio.

Por otro lado, la solución resultante de las reformas de 2011 y 2012 es, en cierto sentido, moderada. Aunque el efecto más vistoso del precepto es abrir la posibilidad de una desaparición definitiva del convenio, es preciso resaltar que este efecto únicamente se produce de forma subsidiaria. No sólo se ha mantenido el carácter dispositivo del régimen de la ultraactividad, existente desde 1994, sino que se han ampliado las posibilidades en este terreno. Además de que el nuevo precepto insiste hasta en tres ocasiones en el carácter dispositivo de las soluciones que establece, hay que llamar la atención respecto del mantenimiento de una parte de las soluciones introducidas en 2011 y, en concreto, de la llamada a la negociación interconfederal, estatal o autonómica, para resolver los problemas vinculados a la renovación de los convenios colectivos.

No puede negarse, sin embargo, que la nueva regulación presenta aristas sumamente problemáticas. Desde esta segunda perspectiva, lo primero que se advierte es que la solución es en exceso radical. Tras un plazo que, a resultas de su modificación por la Ley 3/2012, puede resultar en exceso breve (entre otros, Mercader, 2012, p. 455) —máxime si consideramos su *dies a quo*—, el convenio colectivo desaparecerá aplicándose el convenio superior —que normalmente tendrá un tratamiento incompleto, si es estatal, o menos favorable, si de ámbito territorial limitado— o directamente los mínimos estatales. Ya he indicado que tan drástico efecto presiona desde luego a los representantes de los trabajadores a la firma del acuerdo como mal menor frente a los drásticos efectos del transcurso del tiempo. Conviene ahora considerar que puede también hacerlo en sentido contrario. La parte empresarial puede eventualmente ser atraída por la opción de la no renovación en la búsqueda de nuevos espacios para la «individualización». Al margen esta eventual influencia en las estrategias negociadoras, lo cierto es que el carácter absoluto de los efec-

to puede ser negativo sobre ambas partes: la definitiva y total decadencia del convenio, además de implicar la desaparición de los estándares protectores de los trabajadores, puede plantear importantes problemas organizativos a la empresa puesto que el convenio colectivo cumple funciones también en su interés: Aquellos pueden ver desaparecer sus mejoras salariales y en relación con el tiempo de trabajo; pero éstos pueden perder instrumentos de organización del trabajo o de garantía del poder directivo. Todo ello sin contar con las repercusiones que la aplicación directa de las previsiones del artículo 86.3 ET puede tener sobre el clima laboral en el interior de la empresa (por todos, Llano, 2012, pp. 361 ss.) así como en el incremento de la tasa de conflictividad relacionada con la renovación de los convenios colectivos (VALDÉS, 2012, p. 246).

En otro orden de cosas, es preciso resaltar que la solución establecida en 2012 no está exenta de polémicas en cuanto a su concreción práctica. En parte porque la reforma de 2012 ha suscitado una fuerte reacción interpretativa, en parte porque la regulación que se ha establecido sobre este punto es en exceso simplista, la cuestión de la ultraactividad aparece en este momento como un «campo de minas» que los operadores jurídicos deberán atravesar en el corto plazo. Como ha ocurrido en otros aspectos afectados por las normas de 2012, la valoración de la reforma no se ha agotado en el debate político y en la acción sindical sino que también se ha proyectado sobre la interpretación de aquéllas. De este modo, cuestiones aparentemente claras al leer el Estatuto reformado se transforman en sumamente problemáticas, sobre los que existen aproximaciones divergentes. A ello hay que añadir que la simplicidad de la solución instaurada no acaba de hacer las cuentas con la magnitud de los intereses en juego, a los que ya se ha hecho referencia, ni, en consecuencia, con los problemas se pueden plantear a interlocutores sociales y empresas y trabajadores individualmente considerados. Todo ello explica la aprobación el 23 de mayo de un acuerdo en el marco de la comisión de seguimiento del II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva sobre la ultraactividad de los convenios colectivos. Con independencia de la aportación que pueda suponer para su resolución —a la que se dedicará un último epígrafe de este trabajo—, es claro que su sola existencia acredita la dimensión de los problemas que suscita este tema así como la precariedad de las soluciones.

En definitiva, pues, son muchas las incógnitas que suscita la efectiva aplicación de las nuevas normas a partir del 8 de julio, fecha en que, como es sabido, se producirá el definitivo decaimiento de todos los convenios que fueron denunciados antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012. Las consideraciones que siguen intentan aportar soluciones o, cuando menos, detectar los principales focos de conflicto y las posibilidades para solventarlos.

2. RÉGIMEN DE LA ULTRAACTIVIDAD: LOS PAPELES DE LA LEY Y DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA

Como es sabido, la situación de ultraactividad se caracteriza por la continuidad de la aplicación del convenio a pesar de haber expirado el plazo de duración previsto en él y haber formulado una de las partes la oportuna denuncia, si ésta, conforme a sus previsiones, resulta necesaria. La continuidad presenta rasgos diferenciales con la vigencia ordinaria del convenio (2.1) y, además, queda en el ámbito de disposición de la autonomía colectiva.

El artículo 86.3 ET parte, en efecto, de un amplísimo margen de libertad en la configuración del alcance y duración de la situación de ultraactividad (2.2). Por supuesto, se trata de un planteamiento sumamente razonable, como se acaba de indicar. No puede dejar de advertirse, sin embargo, que la interpretación del precepto en este terreno presenta algunos problemas interpretativos de suma importancia: las primeras «minas» de ese campo al que me he referido (2.3).

2.1. Alcance de la vigencia del convenio denunciado

Históricamente, la continuidad del convenio denunciado era limitada puesto que se refería sólo al contenido normativo. Como consecuencia del RDL 7/2011, desapareció la contraposición entre contenido obligacional y contenido normativo. En la redacción actualmente vigente, la continuidad de la vigencia del convenio es total, con la única salvedad de «las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio» que «decaerán a partir de su denuncia». Se trata de una mejora de carácter técnico que debe ser valorada positivamente, aunque en rigor su alcance innovador sea escaso. Es muy probable, en efecto, que la alusión a las «cláusulas obligacionales» que ha contenido el Estatuto desde 1980 mirara única y directamente a excluir la aplicación de eventuales pactos de renuncia al ejercicio de la huelga después de la denuncia del convenio. Ahora bien, al referirse al todo y no a la parte, se corría el peligro de que la pérdida de efectos afectara también a cláusulas obligacionales cuyos efectos se proyectan de forma mediata en las relaciones individuales de trabajo y que, por tanto, deberían haber quedado amparadas en la ultraactividad del contenido normativo, puesto que una de las finalidades perseguidas por ella es precisamente evitar la pérdida de tutela de los trabajadores individuales. Sin embargo, la jurisprudencia había evolucionado precisamente en la línea que ahora incorpora el precepto, interpretando restrictivamente la noción de contenido obligacional. En fecha reciente, aunque recogiendo una consolidada línea jurisprudencial, el TS ha puesto de manifiesto que «la mención genérica a las cláusulas obligacionales apunta, claramente, a los deberes de paz laboral a cargo de quienes han negociado el convenio»; y, por tanto, «el contenido normativo comprende tanto las normas de relación que tienen por objeto definir las condiciones de trabajo, como la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivos, y también las reglas que definen los propios ámbitos del convenio» (STS de 2 de julio de 2009, rec. 44/2008).

El hecho de que la configuración actual de la ultraactividad haya perdido su peculiaridad tradicional podría plantear algunos problemas en relación con la continuidad o no de algunas interpretaciones consolidadas con anterioridad a 2012. La redacción previa del artículo 86.3 ET hacía pensar en una situación del convenio denunciado absolutamente peculiar puesto que relacionaba la vigencia con el «contenido normativo». Ahora, sin embargo, utiliza expresiones como «vigencia de un convenio colectivo» (párrafo 1.º) o «vigencia del convenio colectivo» (párrafo 3.º) que parecen moverse en un terreno más amplio. Estos problemas pueden plantearse tanto desde un punto de vista estructural como desde la perspectiva de la sucesión de los convenios.

En el primer terreno, cabe discutir si esta nueva configuración de la ultraactividad puede producir una variación de los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales respecto de las relaciones de este precepto con el artículo 84 ET. Estos se han movido tradi-

cionalmente en la línea de que, para evitar la petrificación de las unidades de negociación, durante la ultraactividad no juega la prohibición de concurrencia (cfr. SSTs de 2 de febrero de 2004, rec. 3069/2002, y 30 de junio de 2009, rec. 91/2007). No existe, por supuesto, ninguna razón para que se varíe esta interpretación. Antes al contrario, sobre la base de un discutible indicio formal, iría frontalmente en contra de las finalidades declaradas por la reforma de 2011 a la que se debe la vigente redacción. De hecho, este es el criterio que vienen manteniendo los comentaristas (por todos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2012, pp. 409 ss., y SALA, 2013, pp. 25 y 26).

Estas mismas consideraciones valen, a mi juicio, para los conflictos que puedan plantearse en la sucesión de convenios. En este terreno, el problema es el de determinar las relaciones existentes entre la ultraactividad del convenio anterior y la eventual retroactividad del nuevo. La doctrina jurisprudencial —que se resume con todo lujo de detalles en la STS de 12 de marzo de 2012, rec. 4/2011— viene diferenciando entre las situaciones completamente agotadas durante la ultraactividad, a las que no será aplicable el nuevo convenio aunque despliegue eficacia retroactiva, y las que se han venido desarrollando durante ella pero sin cerrarse completamente, que podrán regirse por el nuevo convenio siempre que éste opte por establecer la retroactividad. No parece que tampoco estos criterios hayan de ser variados en el nuevo marco normativo (FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2012, pp. 408 y 409; SALA, 2013, pp. 26 ss.).

2.2. Régimen legal y autonomía colectiva

Desde la reforma de 1994 se aceptó la posibilidad de que los propios convenios colectivos establecieran reglas sobre la ultraactividad diferentes a las previstas en el artículo 86.3 ET puesto que la vigencia del contenido normativo se había de producir «en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio». El carácter dispositivo de la ultraactividad se ha acentuado después de las reformas de 2011 y 2012. En la redacción actualmente vigente se ha mantenido la expresión que se ha transcrito. Pero además se insiste en dos ocasiones más en la capacidad de los negociadores de incidir en su alcance. El régimen jurídico que establece el precepto viene configurado como supletorio tanto en su párrafo 2.º («en defecto de pacto») como en el 4.º («salvo pacto en contrario»).

Las posibilidades de actuación de los convenios colectivos sobre la ultraactividad son suficientemente conocidas (cfr. PEDRAJAS/SALA, 2010, pp. 494 y 495). De hecho, con base en la doctrina jurisprudencial anterior y el tenor literal de las nuevas normas, cabe afirmar que el alcance de la disponibilidad incluye la existencia o inexistencia de la situación de ultraactividad, la forma en que se activa —si es necesaria o no la denuncia—, su alcance por razón de la materia —si es total o parcial y, en este último caso, a qué materias se extiende— y, en fin, a su duración. Hasta la reforma de 2012, se admitía en este último terreno que cabía sujetar a plazo, sustituyendo la vigencia *sine die* que se preveía en la ley. Ahora que existe plazo legal es claro que cabrá eliminarlo y modificarlo, todo ello con independencia de que sea más o menos favorable a los intereses de los trabajadores. A ello hay que añadir, es claro, que varias de estas diferentes posibilidades de actuación autónoma pueden combinarse entre sí. Por lo demás, el pacto puede incidir sobre cualquiera de los supuestos prevenidos en el artículo 86.3.IV ET, tanto en caso de que exista convenio de ámbito superior que resulte aplicable como si no lo hay (CASAS, 2013, p. 3)

En otro orden de consideraciones, la actual redacción del artículo 86.3 ET posibilita la adaptabilidad inmediata del convenio ultraactivo a las necesidades del sector o de la empresa. En su párrafo 2.º se prevé que «las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa». Obsérvese que los eventuales acuerdos parciales «tendrán la vigencia que las partes determinen». Este último inciso permite pensar en diferentes posibilidades. Cabe concebir acuerdos alcanzados a título provisional, asociados a la propia situación de ultraactividad, cuya eficacia desaparecerá en el momento en que ésta desaparezca. Pero también otros cuya vigencia no termine con la ultraactividad e incluso que tengan un plazo inferior al aplicable a ella. En cualquiera de estos casos, los acuerdos parciales deben ser objeto de registro, conforme a las previsiones del artículo 2.1.a) RD 713/2010, de 28 de mayo —en la redacción dada por el RD 1362/2012, de 27 de septiembre—.

2.3. Algunos problemas interpretativos

La razonable opción del artículo 86.3 ET a favor de las soluciones pactadas se enturbia por el hecho de que no parece haber contemplado la totalidad de los escenarios lo que hace surgir una serie de problemas de interés.

a) La primera de estas cuestiones se relaciona con los sujetos que pueden ejercer las facultades autónomas a las que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior. Algunos indicios literales parecen indicar que el artículo 86.3 ET adopta una posición restrictiva al respecto y que la negociación sobre el funcionamiento de la ultraactividad se desarrolla en la propia unidad de negociación cuyo convenio ha visto expirar su duración inicial o prorrogada. El párrafo 1.º lo dice expresamente cuando se refiere a que «se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio». Y cabe traer también a colación que quienes protagonizan los eventuales acuerdos de adaptación del convenio son precisamente «las partes» de la negociación para su revisión (párrafo 2.º). Esta lectura tendría como efecto colateral la exclusión de decisiones externas a la unidad que modalicen la ultraactividad del convenio y, en definitiva, la imposibilidad de que la negociación interconfederal o de ámbito estatal, en los términos del artículo 83 ET, pudieran incidir en la materia.

La verdad es que descartar esta hipótesis de actuación sobre la ultraactividad es echar a perder una interesante posibilidad de solucionar las cuestiones sobre el funcionamiento de la institución. De hecho, ya a propósito del texto aprobado por el RDL 7/2011 se había auspiciado la apertura a los acuerdos del máximo nivel de la regulación de los diferentes aspectos relacionados con aquella (GOERLICH, 2011, p. 127). Esta misma idea puede ser postulada del precepto después de la reforma de 2012 (SALA, 2013, pp. 7 y 8). Los indicios literales no son lo suficientemente contundentes como para excluir que un acuerdo interconfederal —y acaso también los convenios sectoriales estatales o autonómicos en ejercicio de sus competencias ordenadoras de la estructura de la negociación— puedan ocuparse de este tema. Obsérvese en esta línea que el «pacto» del párrafo IV del artículo 86.3 ET no tiene específicamente a las partes negociadoras como sujetos, lo que posibi-

litaría entender que también es válido a estos efectos el eventualmente alcanzado en los niveles superiores que estamos considerando. La interpretación sistemática también avala esta postura: si a la negociación interconfederal compete establecer los mecanismos de solución de los bloqueos (cfr. artículo 86.3.III ET), no parece irrazonable entender que también pueda asumir funciones en el terreno que nos ocupa. En fin, la experiencia histórica del Acuerdo de Cobertura de Vacíos (BOE de 9 de junio de 1997) avalaría esta misma interpretación.

b) Una segunda cuestión problemática se relaciona con el momento en que puede producirse la efectiva modificación del régimen legal subsidiario por la autonomía colectiva. Obsérvese que el artículo 86.3 ET se refiere al carácter disponible de las soluciones legales en tres momentos diferentes. De entrada, su párrafo primero reenvía plenamente al convenio colectivo el tratamiento de la ultraactividad: la vigencia posterior a la expiración de la duración pactada del convenio, «se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio». Después, en su párrafo segundo, se alude a que, «en defecto de pacto», se mantiene su vigencia con la excepción de las cláusulas de paz contenidas en el convenio que decaen desde la denuncia. En fin, el último párrafo vuelve a exceptuar en caso de «pacto en contrario» la pérdida de vigencia del convenio por el transcurso del plazo de un año.

Dependiendo como se interpreten estas tres alusiones y las relaciones que establecen entre sí, la respuesta a la cuestión que nos ocupa será diferente. Una primera interpretación pone en relación el «pacto en contrario» al que alude el último párrafo del precepto con el convenio al que se refiere el primero. De este modo, el único pacto que desplaza el efecto legal es el acordado previamente en el «propio convenio» que ha sido objeto de denuncia; por el contrario, acuerdos *ad hoc* alcanzados durante el propio período de ultraactividad no serían hábiles para excluirlo (MERCADER, 2012, p. 454). La segunda interpretación llega a conclusiones radicalmente distintas: el «propio convenio» limitaría sus posibilidades de afectación de la ultraactividad a la modulación de la vigencia del convenio denunciado, de modo que el «pacto en contrario» del último párrafo sería precisamente el alcanzado después de haber sido denunciado el convenio (SEMPERE/MARTÍN, 2012, p. 141). Por último, cabe pensar en que cualquiera de estos dos pactos, el previo y el alcanzado con posterioridad a la denuncia, pueden ser adecuados para prolongar la situación más allá del año (GUAMÁN/ILLUECA, 2012, p. 123, LLOMPART, 2012, pp. 446 y 447, SALA, 2013, p. 9; VARELA, 2013).

Desde mi punto de vista esta última es la interpretación que mejor se adecúa a la literalidad legal. Siendo cierto que el artículo 86.3, primer párrafo, ET posibilita alterar la duración máxima de la ultraactividad, no lo es menos que está pensando en una específica previsión en el convenio colectivo. Al reiterar en el último párrafo la posibilidad de que el efecto sea eliminado por un pacto en contrario, probablemente se está abriendo la puerta a que, durante la propia negociación, las partes puedan alcanzar un pacto *ad hoc* que posibilite la continuidad de la vigencia del convenio en los términos que se acuerden. Dicho de otro modo, el pacto en contrario al que se refieren los párrafos II y IV del precepto no sólo el que se previó al firmar el convenio que adquiere ahora la condición de ultraactivo. Es perfectamente posible además que a lo largo de las negociaciones los negociadores puedan modalizar las previsiones sobre ultraactividad preestablecidas. El hecho de que se

les conceda la facultad de adaptación parcial a la que se ha hecho referencia ha de permitir llegar a esta conclusión.

c) Una última cuestión en este terreno la plantea la praxis habitual existente en nuestra negociación de incorporar al texto del convenio las normas estatutarias. No cabe descartar, en consecuencia, que existan convenios vigentes a la entrada en vigor de la reforma de 2012 que hayan incorporado a su texto el carácter indefinido de la ultraactividad. En un análisis de la negociación colectiva desarrollado hace unos años (ALBIOL, 2005, pp. 83 ss.) se detectó en este sentido un buen número de convenios colectivos que pactaban acerca de la ultraactividad. En algunos casos, estos pactos se limitan a reproducir, literal o sustancialmente, las previsiones del entonces vigente artículo 86.3 ET; en otros, se presupone su vigencia para concretar algún efecto derivado de ella; en fin, existe un tercer grupo de preceptos que mejora las previsiones legales, extendiendo la ultraactividad al conjunto de las cláusulas, obligacionales o normativas, del convenio. La cuestión que plantea este panorama es la determinar la incidencia de un eventual pacto en materia de ultraactividad previo a la reforma de 2012 sobre la aplicación del régimen establecido por ésta. Se trata de saber, en otras palabras, si estas cláusulas suponen un impedimento para la aplicación del período máximo de ultraactividad de un año.

Sobre este particular, existe división doctrinal. En atención, de un lado, al carácter dispositivo que tiene el artículo 86.3 ET y, de otro, al propio tenor literal de la disposición transitoria 4.^a Ley 3/2012 —que se limita a establecer una regla especial sobre el cómputo del plazo para los convenios denunciados con anterioridad a su entrada en vigor, se ha sostenido que las estipulaciones anteriores a la reforma son válidas después (CRUZ, 2012, pp. 39 y 40; LAHERA, 2013, pp. 56 y 57; CASAS, 2013, p. 2 y pp. 7 ss.; OLARTE, 2013, pp. 7 ss.; VARELA, 2013). De este modo, continuarían siendo de aplicación con la única excepción de los casos en los que las partes se hubieran limitado a remitirse al artículo 86.3 ET, en cuyo caso resultaría de aplicación la redacción actualmente vigente (ALFONSO, 2012, p. 57, LAHERA, 2013, p. 57, SALA, 2013, p. 9).

Sin embargo, de aceptarse que reglas pactadas en un contexto legislativo radicalmente diferente puedan condicionar la efectividad de la reforma, podría frustrarse su finalidad. Cabría asimismo argumentar en términos de voluntad presunta de las partes: en muchos casos estas cláusulas, como otras que se encuentran en los primeros artículos de muchos convenios, no son sino resultados de un acarreo histórico. Considerar, en este contexto, que su presencia equivale, sin más, a la voluntad de perpetuar la vigencia normativa del convenio es sumamente forzado. La incorporación al texto del convenio de la regla anteriormente existente en el artículo 86.3 ET, de forma literal, parafraseándola o recogiendo de alguno de sus efectos concretos —por ejemplo, la muy frecuente previsión de la continuidad de la aplicación de las revisiones salariales automáticas eventualmente existentes en el convenio en línea con la interpretación jurisprudencial que reiteradamente había indicado el carácter normativo de estas cláusulas (cfr., por todas, STS de 18 de abril de 2012, rec. 150/2011)—, en modo alguno constituía antes de febrero de 2012 «pacto en contrario» y no se acaba de ver por qué adquiere esta condición de forma sobrevenida. Por ello, una parte de los comentaristas que han analizado esta cuestión, entre los que me cuento, se han inclinado por entender que la nueva redacción legal prevalece sobre las cláusulas convencionales anteriores que puedan establecer soluciones diferentes a la des-

aparición del convenio (SEMPERE/MARTÍN, 2012, p. 140, LLOMPART, 2012, p. 268, GOERLICH, 2013, p. 31; SEMPERE, 2013).

3. DESBLOQUEO DE LA NEGOCIACIÓN Y ARBITRAJE OBLIGATORIO

Como se ha indicado más arriba, la lógica de la reforma de 2011 en el punto que ahora interesa fue garantizar la renovación del convenio en un plazo razonable. Para ello, se invitaba a establecer reglas procedimentales y temporales para la revisión y se impulsaba la superación de eventuales situaciones de desbloqueo mediante el recurso a procedimientos extrajudiciales de solución de las controversias y, muy señaladamente, impulsando su sumisión a arbitraje. La reforma de 2012, aunque ha eliminado las normas sobre procedimiento negocial, ha optado por mantener prácticamente inalterada la disciplina que se estableciera en 2011 sobre la aplicación de los procedimientos extrajudiciales establecidos a nivel interconfederal.

Se trata de una solución ponderada puesto que permite aprontar instrumentos que permitan solventar los bloqueos que se produzcan en la revisión de los convenios colectivos. No deja, sin embargo, de plantear problemas jurídicos en relación con su viabilidad (3.1) y político-jurídicos respecto de su viabilidad en la práctica (3.2).

3.1. La admisibilidad del arbitraje obligatorio

La aportación de la reforma de 2011 al problema que nos ocupa ha sido, desde luego, el intento de cerrar la ultraactividad, en los casos de falta de acuerdo, mediante una decisión arbitral. Son varios a estos efectos las ideas relevantes. De un lado, el artículo 86.3.III ET establece la obligatoriedad de que los indicados acuerdos prevean procedimientos sobre este particular, que tengan las características de ser «de aplicación general y directa» y que solventen las discrepancias «de manera efectiva». Dadas estas características, el procedimiento en el que se piensa es de naturaleza arbitral, como demuestra que la segunda parte del párrafo se refiera reiteradamente al arbitraje. De otro, el precepto les obliga a pronunciarse respecto a si los indicados procedimientos son voluntarios u obligatorios; puesto que contiene una regla en cuya virtud «en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio». A ello hay que añadir la disposición adicional 1.^a 2 RDL 7/2011 —que no consta derogada por las normas de 2012— que prevé que, mientras los acuerdos interprofesionales no asuman las indicadas competencias, «en caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora y transcurrido el plazo máximo de negociación de los convenios colectivos, las partes se someterán a un procedimiento de arbitraje».

La valoración doctrinal que se hizo en su momento presenta posiciones dispares. Se ha sostenido, por una parte, la radical inconstitucionalidad de las reglas que estamos analizando. Y ello tanto para la regla contenida en la disposición adicional 1.^a 2 RDL 7/2011 como para los eventuales arbitrajes obligatorios derivados de la aplicación del artículo 86.3 ET. A aquella le resultaría directamente de aplicación la doctrina de la STC 11/1981, de 8 de abril, que declaró inconstitucional el laudo de obligado cumplimiento del RDLRT; en

cuanto a estos, la imposición a los legitimados en una unidad de negociación de un arbitraje obligatorio por un acuerdo del artículo 83.2 ET, bien de forma directa bien indirectamente, al no haberse previsto expresamente su voluntariedad y entrar en funcionamiento el criterio legal supletorio, se ha considerado contraria a sus derechos constitucionales, huelga y negociación colectiva (CRUZ, 2011, pp. 39 ss. o ESCUDERO, 2011, p. 67).

En sentido contrario, se ha sostenido que en la regulación de los arbitrajes contenida en los preceptos que nos ocupan no se halla motivo para sostener la inconstitucionalidad. Se destacan a estos efectos las diferencias existentes entre el supuesto resuelto por la citada sentencia constitucional y el que ahora nos ocupa puesto que el arbitraje del artículo 86.3 ET se desarrolla «en el marco de gestión privada de los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos», tiene origen pactado y es posible soslayar su obligatoriedad. Todo ello permite descartar lesión alguna del artículo 37.1 CE. Conclusión que puede extenderse al arbitraje de la disposición adicional 1.^a.2 RDL 7/2011 que sólo actúa en defecto de previsiones en los acuerdos *ex* artículo 83.2 ET (FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2011, pp. 208 ss.).

En mi opinión, se hace necesario distinguir entre el tratamiento de las reglas sobre arbitraje establecidas en el artículo 86.3 ET y el arbitraje obligatorio subsidiario al que se refiere la disposición adicional 1.^a.2 RDL 7/2011. Este último es, sin duda, inconstitucional puesto que, vista la literalidad de la disposición que lo prevé, no es sólo una norma de significación subsidiaria respecto de las reglas establecidas en los acuerdos *ex* artículo 86.3 ET sino que también debería operar de forma directa si estos no fueran objeto de la renovación a la que se refería la regla primera de la misma disposición adicional (GOERLICH, 2011, pp. 123 ss.). Ciertamente esta afirmación no tiene mayor trascendencia práctica por la evidente imposibilidad de ponerlo en marcha, que se ha incrementado después del 12 de febrero de 2012, al haber desaparecido de los artículos 85.3 y 89.3 ET los plazos máximos para la renovación del convenio. Con todo, creo que la reforma debería haber eliminado expresamente el precepto y el problema que plantea.

Por el contrario, las reglas sobre arbitraje previstas en el artículo 86.3 ET superan a mi juicio el control de constitucionalidad. En primer lugar, no parece que las orientaciones que el tercer párrafo del artículo 86.3 ET establece para los acuerdos interconfederales puedan ser consideradas contrarias a la Constitución. El fundamento es obvio: no resultan obligatorias para los negociadores lo que supone que se respete el principio de autonomía negocial protegido por el artículo 37.1 CE. Ni siquiera la norma supletoria que considera obligatorio el arbitraje a falta de acuerdo puede reputarse inconstitucional —pues este efecto puede excluirse fácilmente por los negociadores del acuerdo interconfederal (como de hecho han venido haciendo: artículo 8.1.b) V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales de 7 de febrero de 2012, BOE de 23 de febrero)—. Es verdad que parece casar mal con la doctrina establecida en la STC 174/1995, de 23 de noviembre, que declaró inconstitucional el arbitraje obligatorio para controversias de transporte de escaso valor, salvo que las dos partes del contrato estuvieran de acuerdo en lo contrario. Pero creo que es relevante el contexto en el que se hace valer el indicado pacto que en aquél caso era la privación completa del derecho a la tutela judicial efectiva si la otra parte no estaba dispuesta a aceptar la vía judicial.

Por otro lado, y en fin, la privación de los derechos de acción colectiva de quienes actúan en unidades ordinarias que resultaría de la previsión de la obligatoriedad del arbi-

traje en los acuerdos interconfederales o de la eventual aplicación del criterio supletorio establecido en el artículo 86.3 ET no parece desconocer el principio de proporcionalidad, en atención a su origen —otro convenio colectivo negociado por quienes ostentan mayor representatividad— y características procedimentales —desarrollo mediante trámites de carácter autónomo—. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que imponer sistemas de resolución de conflicto a las unidades de negociación inferiores ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (cfr. STC 217/1991, de 4 de noviembre).

3.2. La viabilidad real de la solución arbitral

Ahora bien, que no exista inconveniente formal para proceder a la intervención interconfederal a la que se refiere el artículo 86.3 ET no supone que ésta no aparezca como sumamente difícil en sus manifestaciones más extremas. Es verdad, de entrada, que el artículo 86.3.III ET favorece la implantación en este ámbito de arbitrajes obligatorios y que su introducción con carácter general haría que las revisiones se produjeran tempestivamente. Sin embargo, a su través sólo podría afrontarse una parte de los problemas que el conjunto del régimen de la ultraactividad pretende afrontar: los vinculados al contenido de los convenios. Resulta mucho más difícil que una generalización del arbitraje obligatorio pueda contribuir a la resolución de los problemas estructurales. Los problemas que se suscitan tras la denuncia no son sólo de renovación de los contenidos sino que incluyen también como cuestión previa la propia existencia de la unidad. En este contexto, antes de la generalización de cualquier solución arbitral sería necesario afrontar un problema distinto y mucho más complejo que permitiera que los eventuales arbitrajes obligatorios contemplaran esta posibilidad. Estos mismos problemas pueden producirse, por lo demás, en el caso de que se opte por un acuerdo sobre materia concreta, al amparo del artículo 82.3 ET. Decisiones en exceso simples y de alcance general podrían tener los mismos efectos.

Estos problemas podrían obviarse de diferentes maneras, que tienen en común que permiten diferenciar las unidades que merecen ser mantenidas, a pesar del transcurso del plazo legalmente establecidas de aquellas otras que pueden ser abandonadas. La primera aparece como una misión imposible puesto que requeriría la predeterminación de la estructura convencional hasta extremos poco verosímiles puesto que no sólo habría de concretar las funciones de las distintas unidades sino desarrollar una tarea de racionalización de los ámbitos funcionales. No hay razón para pensar que este proceso pueda ser acometido de forma general y con éxito en el corto ni en el medio plazo. Ni es seguro que existan instrumentos para hacerlo de forma vinculante dadas las excepciones existentes a las facultades estructuradoras de los interlocutores sociales.

Cabe pensar, por ello, en una segunda alternativa algo más viable pero también problemática en relación con su puesta en práctica: la concreción de las condiciones en las que una unidad de negociación debe entenderse abandonada o no. Los aspectos que se podrían valorar a estos efectos podrían ser el tiempo transcurrido desde la denuncia —que sería útil respecto de los convenios denunciados antes de la reforma de 2012, aunque en el futuro lo sería mucho menos dada la relativa brevedad de la ultraactividad—, el efectivo desarrollo de las negociaciones —del que habría de deducirse la efectiva voluntad de ambas partes de mantenerla— así como las alternativas de regulación existentes —mediante el examen

de la eventual cobertura de la unidad de negociación por otros convenios existentes con mayor consolidación—.

No es por todo ello de extrañar, en definitiva, que las previsiones del acuerdo alcanzado el 23 de mayo en el marco de la Comisión de seguimiento del II AENC no se hayan movido en la línea que abrió la reforma de 2011. Como veremos, contempla el recurso a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos como forma de salir del bloqueo que pueda existir en las diferentes unidades de negociación, pero respetando el principio de voluntariedad del arbitraje.

4. LA DURACIÓN MÁXIMA DE LA ULTRAACTIVIDAD Y SUS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS

La principal novedad de la reforma de 2012 es, por supuesto, la previsión de un plazo máximo para la finalización de la situación de ultraactividad. El último párrafo del artículo 86.3 ET supone que el transcurso de un año desde la denuncia implica la definitiva desaparición del convenio si no se alcanza acuerdo o no se dicta laudo. Lo pretendido es claro. Pero ello no impide que existe una relativamente amplia serie de cuestiones interpretativas de suma importancia.

4.1. El plazo máximo y su cómputo

Por lo que se refiere, en primer lugar, a su operativa, hay que hacer ante todo algunas reflexiones sobre el plazo máximo. Fijado en un año, es llamativo que se cuenta desde la denuncia del convenio y no desde la finalización de la vigencia inicialmente pactada —o prorrogada conforme al artículo 86.2 ET— (LLANO, 2012, p. 360; GOERLICH, 2013, p. 30). Cabe pensar que la sola referencia a la denuncia debe ser integrada por la que se hace en el primer párrafo, que configura el inicio de la ultraactividad por la doble circunstancia temporal de que el convenio haya sido denunciado y haya concluido la duración prevista, lo que permitiría entender que sólo a partir de este momento cuenta el plazo máximo (en este sentido, SALA, 2013, p. 5). Sin embargo, la significativa diferencia entre uno y otro precepto avala igualmente la solución contraria que, además, resulta acorde con la configuración que tiene la ultraactividad desde la reforma de 2011 —ya no es una vigencia distinta sino la misma del convenio, con exclusión de las eventuales cláusulas de paz laboral— y, sobre todo, con la finalidad perseguida de imponer celeridad a las renovaciones convencionales. Creo, por tanto, que es importante destacar la literalidad del precepto puesto que supone que una parte relativamente importante de la duración de la ultraactividad transcurrirá mientras el convenio se encuentra aún en la duración inicialmente prevista.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que la regla sobre duración máxima es aplicable tanto a los convenios que se denuncien en el futuro como a los que lo hayan sido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012. Para estos últimos, sin embargo, el período de un año cuenta, no desde la denuncia, sino desde el 7 de julio de 2012, fecha de su entrada en vigor (cfr. disposición transitoria 4.^a).

En otro orden de consideraciones, la literalidad legal obliga a pensar en un funcionamiento automático del plazo. Basta con su transcurso «sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral» para que deba entenderse que expira la vigencia del convenio colectivo. Puede pensarse que la relativa brevedad del plazo máximo, sobre todo después de su sustancial reducción en la tramitación parlamentaria, junto con la desaparición de los criterios orientativos sobre duración del procedimiento de negociación, puede conducir a situaciones en las que, al vencimiento del período, las conversaciones siguen abiertas o se ha iniciado un procedimiento arbitral para solventar las eventuales discrepancias. No creo que estas circunstancias puedan por sí mismas impedir el juego del efecto previsto en el artículo 86.3.IV ET, sin perjuicio de que los negociadores puedan expresamente excluirlo en los términos que ya se han analizado. Existe alguna toma de posición que parece inclinarse por la solución contraria, de modo que, si continúan las negociaciones, continúa la aplicabilidad del convenio denunciado (OLARTE, 2013, p. 10). Creo, sin embargo, que esta solución no se adecúa a las previsiones legales y, además, genera un importante grado de inseguridad jurídica puesto que no es fácil determinar a falta de una declaración expresa de ambas partes si las negociaciones continúan o no abiertas. Los mismos interlocutores sociales parecen rechazarla desde el momento en que el reiteradamente citado acuerdo de 23 de mayo de 2013 impulsa a los negociadores de las diferentes unidades de negociación a garantizar «el mantenimiento del convenio vencido», mientras se encuentre abierto el proceso negociador (apartado sexto).

Otra cosa es que, incluso a falta de pacto que permita la pervivencia más allá del plazo máximo del convenio denunciado, la negociación pueda continuar: esto siempre será posible sin perjuicio, claro, del juego de la regla que estamos considerando y de otras — artículos 84 y 89.1 ET— que la harán mucho más difícil (FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2013, pp. 395 ss.). Vuelvo de inmediato sobre el particular.

4.2. Los efectos de la finalización de la ultraactividad: aspectos colectivos

En cuanto al efecto, el artículo 86.3.IV ET nos indica que, vencido el plazo máximo, el convenio «perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación». Obsérvese que el efecto es doble: en todo caso se produce la pérdida de vigencia del convenio denunciado; eventualmente, se aplica el convenio superior que resulte de aplicación.

Desde la perspectiva colectiva, la consecuencia jurídica del transcurso del plazo máximo es la desaparición de la unidad de negociación, con las consiguientes consecuencias sobre el deber de negociar (MERINO, 2012, p. 260). Por tanto, y salvo que antes de llegar a la finalización de la situación de ultraactividad se llegue a un pacto para prorrogarla, la reapertura de la unidad desaparecida requerirá el mutuo acuerdo entre los sujetos legitimados, que no podrá ser forzado *ex* artículo 89.1 ET, y la efectiva aplicación del convenio eventualmente negociado dependerá de las reglas del artículo 84 ET.

Se ha sostenido, en sentido contrario, que, para el caso de inexistencia de convenio superior, permanecería vigente la obligación de negociar de buena fe; y que, en el supuesto de que existiera efectivamente, aunque decaería el indicado deber, no resultarían de aplicación de las reglas sobre no concurrencia, pensadas para un supuesto distinto (CASAS,

2013, pp. 17 ss.). Estas propuestas interpretativas me parece, con carácter general, contrarias a la finalidad perseguida por la ley, de ir haciendo desaparecer los convenios que no se renuevan en el período correspondiente. Se mueven, en efecto, en la línea de perpetuar las situaciones previas. Los datos positivos en las que se apoyan no tienen en cuenta lo que ocurre con el convenio ultraactivo al transcurrir el año de esta situación. La pérdida de vigencia a la que se refiere el precepto equivale, a mi juicio, a su desaparición. Por ello, desde que este efecto se produce no existe un convenio vencido que haya de ser revisado —supuesto al que artículo 89.1 ET asocia la existencia de la obligación de negociar de buena fe—; ni tampoco creo que la vigencia del eventual convenio superior sea condicionada por la preexistencia del convenio en razón de tal desaparición —por lo que las reglas del artículo 84 ET serán perfectamente aplicables—.

4.3. La aplicación del convenio superior

Por otro lado, desde la perspectiva individual, los efectos de la desaparición del convenio pueden ser dos, en función de que exista o no un convenio de ámbito superior. En el primer caso, se aplicará éste, sin que sea necesario un específico acto de adhesión en cada una de las empresas afectadas —como mucho, la comunicación a la representación de los trabajadores existentes en ella (CASAS, 2013, p. 15), sin perjuicio de las obligaciones que resulten de los artículos 8.5 ET y 2.2.i) y 4 RD 1659/1998, de 24 de julio—. Cabe pensar, incluso, en la posible existencia de más de un convenio potencialmente aplicable. Resultarán de aplicación, por supuesto, las reglas del artículo 84 ET. Se ha afirmado igualmente que cabría pensar también en un acuerdo de adhesión que supusiera el tránsito a otra unidad de negociación seleccionada por las partes (MERINO, 2012, p. 260). Creo, sin embargo, que en este último caso no estamos técnicamente ante una aplicación del artículo 86.3.IV ET sino ante una forma de revisión del convenio denunciado mediante la adhesión *ex* artículo 92.1 ET.

La aplicación de esta regla requiere algunas precisiones adicionales. El artículo 86.3.IV ET se refiere al «convenio colectivo de ámbito superior». La mayor parte de los comentaristas, sobre la base de la primera acepción de este comparativo, hemos tendido a identificarlo con el existente en un ámbito geográfico más amplio que incluya al convenio que decae —por tanto, en el mismo ámbito funcional—. Es probable, sin embargo, que también lo sea aquel que, aún en el mismo ámbito geográfico, tenga un ámbito funcional más amplio (VALDÉS, 2012, pp. 243 y 244; SEMPERE, 2013). De este convenio también se puede predicar su condición de «superior» por su carácter inclusivo. Por supuesto con esta comprensión más amplia de este término se incrementan las herramientas para afrontar las situaciones de ultraactividad no sólo porque el precepto sería aplicable a las relaciones sector/subsector sino también porque determinados convenios podrán actuar como coches-«escoba».

En otro orden de cosas, existen algunas tomas de posición favorables al mantenimiento de las condiciones existentes en el convenio decaído. Así se ha sostenido, con alcance general, la contractualización de las mismas (TOSCANI, 2012, p. 95; CASAS, 2013, pp. 20 ss.) o, de forma más limitada; para resolver el problema de las condiciones que, por su naturaleza, desbordan la temporalidad del convenio (FERNÁNDEZ LÓPEZ,

2013, pp. 397 ss.). Lo bien cierto es, sin embargo, que el mecanismo resultante del artículo 86.3.IV es una sucesión normativa y, en consecuencia, no existe título que posibilite el mantenimiento de las condiciones anteriores, aunque fueran más favorables o tuvieran la indicada vocación de permanencia. Volveré de inmediato sobre esta idea.

Otra cosa será que tal resultado se alcance por un acto autónomo bilateral o unilateral en el ámbito de la empresa o que resulte de la presencia en el convenio colectivo que pase a ser de aplicación de una cláusula de garantía *ad personam* que expresamente prevea su mantenimiento. Este tipo de cláusulas, a las que no se les ha prestado suficiente atención, adquieren ahora una relevancia insospechada. Sin embargo, resulta difícil pronosticar cuál será en concreto dada la variedad de formulación que se encuentra en la práctica. No existe, por supuesto, ningún inconveniente en que se utilicen para preservar los tratamientos normativos existentes en un convenio previo (por ejemplo, STS de 5 de junio de 2012, rec. 71/2011). Lo que ocurre es que las existentes no han considerado expresamente el supuesto que nos ocupa y no está claro que siempre resulten aplicables a él. En algunos casos, por ejemplo cuando se utiliza la expresión «situaciones personales», no parece existir problema en considerar aplicable la cláusulas en los procesos de sustitución del convenio del artículo 86.3.IV ET. Pero debe tenerse en cuenta que esta referencia en ocasiones viene expresamente referida al momento de entrada en vigor del convenio («condiciones actualmente existentes», «condiciones superiores implantadas con anterioridad», etc.), lo que podría permitir poner en cuestión su aplicabilidad. Es todavía mucho más dudoso que puedan mantenerse los estándares del convenio sustituido en los casos en los que hacen las cláusulas de garantía *ad personam* hacen referencia «condiciones más beneficiosas» —o expresiones análogas— que, de acuerdo con los criterios técnicos que han de presidir la interpretación, han de referirse a las de carácter contractual. De este modo, la frecuente existencia de cláusulas genéricas de garantía *ad personam* abre un nuevo frente de interrogantes en el proceso de sustitución del convenio denunciado por el de ámbito superior.

4.4. La inexistencia de convenio superior

Con todo, el problema principal que se plantea aparece en los casos en los que no éste no exista. El designio legal es claro: el denunciado deja de ser aplicado, lo que no puede sino suponer la aplicación directa de las normas legales y reglamentarias de carácter general.

Una parte de los comentaristas de la reforma ha buscado fundamentar la continuidad de la aplicación de las condiciones del convenio, aunque tras la expiración del plazo máximo éste haya perdido vigencia. Las posibilidades que se han utilizado son varias: desde entender que «para la decadencia del convenio colectivo... es imprescindible que la autonomía colectiva aporte soluciones alternativas, que den cobertura a los trabajadores afectados», manteniéndose la ultraactividad en caso contrario (MERINO, 2012, p. 261; OLARTE, 2013, pp. 11 ss.), hasta considerar que, al menos para los trabajadores contratados con anterioridad, se conservan las condiciones convencionales transformadas en contenido contractual (CRUZ, 2012.b], p. 414], GUAMÁN/ILLUECA, 2012, p. 123; MOLINA, 2012, p. 157; TOSCANI, 2012, pp. 95 y 98; CASAS, 2013, pp. 24 ss.), pasando por la posibilidad que el convenio denunciado continúa vigente como acuerdo extraestatutario (Escudero, 2012, p. 52). En fin, aunque para rechazarla, se ha apuntado la

posibilidad de «importar» a nuestro ordenamiento alguna reconstrucción interpretativa de ordenamientos próximos que posibilite la continuidad de ciertas condiciones del convenio decaído con base en los principios constitucionales —y, en concreto, el de suficiencia de la retribución— (FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2012, p. 402).

Desde mi punto de vista, estas interpretaciones deben ser rechazadas por cuanto que se armonizan mal con el dictado legal y con la naturaleza jurídica profunda del fenómeno que estamos estudiando. La doctrina mayoritaria, por ello, se decanta por entender que las relaciones laborales en las empresas dejarán de ser regidas por el convenio y pasarán a regularse por las restantes fuentes a las que alude el artículo 3.1 ET (LÓPEZ ANIORTE, 2012; p. 175; NAVARRO NIETO, 2012, p. 67; ROQUETA, 2012.b), p. 44; LLANO, 2012, p. 363; PURCALLA/PRECIADO, 2012, p. 333; MERCADER, 2012, p. 454; LLOMPART, 2012, p. 267; GOERLICH, 2013, pp. 34 y 35; SALA, 2013, pp. 19 y 20; VARELA, 2013; SEMPERE, 2012).

Al respecto, lo primero que conviene destacar es que el último párrafo del artículo 86.3 ET define el efecto que se produce tras la expiración del plazo como pérdida de vigencia, lo que implica la desaparición de su eficacia y, en concreto, de su carácter obligatorio para empresarios y trabajadores. Obsérvese la estrecha relación entre vigencia y eficacia que establece el primer párrafo del artículo 82.3 ET. En consecuencia, con la pérdida de vigencia, desaparece todo fundamento jurídico de una eventual obligatoriedad de su aplicación: después de todo, el convenio es una norma; y, cuando una norma se deroga, deja de ser exigible. Pese a lo que se ha sostenido, el artículo 86.3.IV ET no es una norma oscura ni abre laguna legal alguna: no sólo es clara en su literalidad sino que la comparación con la vigente hasta febrero de 2012 no deja duda alguna.

Frente a ello, las reconstrucciones alternativas son, a mi juicio, poco convincentes. No es posible admitir, en primer lugar, la continuidad de la vigencia del convenio estatutario en tanto se alcance acuerdo puesto que ello es tanto como desconocer frontalmente la existencia de la reforma: a pesar de la radical modificación que se introduce en el último párrafo del artículo 86.3 ET, seguimos aplicando, como si tal cosa, el precepto anterior. El recurso al convenio extraestatutario podría fundamentarse en que, por debajo del envoltorio formal estatutario, existe un contrato colectivo cuya vigencia no quedaría afectada por el nuevo régimen del artículo 86.3 ET. Pero la transformación que se propone, además de casar mal con la literalidad del precepto, colisiona con la reconstrucción jurisprudencial que reiteradamente ha rechazado que aquél tipo de convenio pueda aplicarse más allá del plazo de vigencia acordado por las partes (por todas, STS de 9 de febrero de 2010, rec. 105/2009). En cuanto a la pervivencia de las condiciones por medio de su contractualización, no se acomoda al carácter normativo propio de los convenios colectivos. De hecho, la jurisprudencia hasta ahora ha partido de esta idea (por todas, SSTS de 26 de febrero de 1996, rec. 2116/1995, o de 18 de diciembre de 1997, rec. 175/1997). Creo, por otro lado, que estas evidencias no pueden ser minimizada, como se ha intentado, sobre la base de las amplias posibilidades modificativas prevenidas en el artículo 41 ET para las condiciones contractuales o derivadas de pactos o acuerdos colectivos (Molina, 2012, p. 157). Aun siendo cierto que este precepto abriría amplias posibilidades de actuación a la empresa, no lo es menos que debería sujetarse a los requisitos causales y procedimentales que establece y, además, soportar los efectos de las eventuales pretensiones rescisorias.

Creo, en consecuencia, que el efecto legal se concreta en la completa desaparición de las condiciones anteriormente existentes, con algunas excepciones. Por un lado, nada impide que puedan continuar siendo aplicadas si se produce un pacto al respecto en el ámbito de la empresa o centro afectados y también en caso de que el empresario continúe aplicándolas; y esto último tanto en caso de que formule expresamente su voluntad como si ésta pueda deducirse de las circunstancias. Téngase en cuenta que la continuidad de la aplicación de las condiciones preexistentes resulta, en cualquiera de estos casos, de la voluntad posterior a la desaparición del convenio y no de éste. Por ello, salvo que en el título del que resulta su aplicación conste su carácter temporal, habrá que entender que, a partir de ese momento, constituyen condiciones más beneficiosas de naturaleza individual que no desaparecerán por la aplicabilidad futura de un convenio diferente (SALA, 2013, p. 20).

Por otro lado, es probable que el artículo 86.3.IV ET no dé cobertura a cualquier actuación empresarial unilateral posterior al definitivo decaimiento del convenio colectivo. Como ocurre en otros terrenos afectados por la reforma de 2012, asistimos a un replanteamiento de las facultades empresariales a la luz de las cláusulas generales del ordenamiento: la mayor libertad que se deduce literalmente de los preceptos reformados viene contrarrestado por su interpretación desde la perspectiva de la buena fe y de la prohibición del abuso de derecho. No es seguro, de entrada, que el empresario pueda optar directa y unilateralmente la tarea de adaptar el contenido del convenio decaído, manteniendo algunos aspectos y sustituyendo otros. Es cierto que no existe criterio ni principio alguno que lo impida. Después de todo, cuando nunca ha existido convenio colectivo aplicable a una determinada empresa, no plantea problema jurídico alguno la actuación unilateral de la empresa con cobertura en el principio general de autonomía. No lo es menos, sin embargo, que, cuando la unidad ha estado previamente ocupada por un convenio, una actuación unilateral de este tipo podría ser discutida con apoyo en las citadas cláusulas generales del derecho (GOERLICH, 2013, p. 35). En esta misma línea, se ha apuntado, sobre la base del deber de negociar de buena fe del artículo 89.1 ET, que en ciertas condiciones las actuaciones empresariales tendentes a la desaparición de la unidad sin apurar las posibilidades de alcanzar un acuerdo antes podría constituir una lesión del derecho fundamental de libertad sindical, con la eventual consecuencia de la obtención de un pronunciamiento judicial de mantenimiento de las condiciones de trabajo hasta que se cumpla efectivamente la indicada obligación (FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2012, pp. 401 y 402). Y, en una aproximación mucho más general, se ha indicado que la radical eliminación de las ventajas disfrutadas por los trabajadores podría ser contraria al principio general de buena fe (CASAS, 2013, pp. 23 y 24; MATORRAS, 2013, pp. 122 ss.).

Resulta evidente, sin embargo, que esta aplicación de las cláusulas generales debe realizarse de forma casuística, eludiendo todo automatismo. El mero hecho de no haber alcanzado un acuerdo revisorio, mantener únicamente algunas condiciones o eliminarlas todas no implica de forma directa y necesaria la vulneración de las reglas éticas de ejercicio de los derechos que estamos considerando. Recuérdese en este sentido que, como regla general, se presume su ejercicio correcto, que existen estrictos requisitos para entender que existe mala fe, ánimo fraudulento o ejercicio abusivo del derecho y que las relaciones laborales siempre son bilaterales —lo que obliga al examen no sólo de la conducta de la empresa sino también de los planteamientos de los trabajadores (MATORRAS, 2013, p. 123)—.

5. EL ACUERDO DE 23 DE MAYO DE 2013: APORTACIONES Y LÍMITES

Una conclusión obvia de lo que llevamos expuesto es que el tratamiento legal de la ultraactividad a partir de la reforma de 2012, aunque presenta algunos aspectos positivos, tiene también importantes riesgos. Estos afectan a los trabajadores, considerados individualmente —pérdida de mínimos protectores— o como colectivo —eventual reducción de la tasa de cobertura de la negociación—. Pero también a las empresas. Es cierto que implica la apertura de espacios a la contratación individual y, claro está, a la individualización de las condiciones de trabajo, de modo que puede ser tentador el bloqueo de la unidad a la espera de que se produzcan los efectos que posibilita el precepto. También es cierto, no obstante, que determinadas materias de suma importancia vinculadas a los poderes directivos y sus garantías requieren la existencia de convenio colectivo para su correcto ejercicio, sin que sea claro su tratamiento en defecto del mismo. Y que toda apuesta individualizadora ha de afrontar importantes riesgos: aparte el posible deterioro del desarrollo de las relaciones de trabajo en la empresa, las consideraciones que se han desarrollado demuestran que habrá de afrontar un amplio espacio de inseguridad jurídica.

En este último sentido, creo que es claro que la solución consagrada en el artículo 86.3 ET es, en este último sentido, excesivamente simple y, con ello, suscita un extenso número de dudas que afectan a su operativa —*dies a quo* del cómputo del plazo— y, sobre todo, a sus consecuencias —tanto si existe como si no el «convenio colectivo de ámbito superior» al que se refiere el precepto—. No cabe descartar en consecuencia la posibilidad de una igualmente extensa judicialización de la aplicación que en las empresas se haga del precepto, sin que sea previsible con seguridad la respuesta que los tribunales darán a los conflictos que se vayan planteando. De este modo, en tanto la jurisprudencia de casación no vaya aclarando las diferentes cuestiones, cabe pensar en una situación que me atrevo a calificar de tormentosa.

El régimen legal de la ultraactividad es, como hemos visto, subsidiario respecto de la intervención de la autonomía colectiva. Ésta puede desarrollar, por ello, una intervención superadora de todos estos problemas. No es de extrañar que la intranquilidad que despierta el decaimiento a partir del 8 de julio de los convenios colectivos denunciados antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012 haya conducido a alcanzar un acuerdo en el marco de la Comisión de seguimiento del II AENC el pasado 23 de mayo. En relación con los temas que han sido objeto de consideración en este trabajo, este acuerdo realiza una aportación sumamente interesante. Se mueve en la línea de agilizar e intensificar los procesos negociadores con idea de que la renovación del convenio se produzca dentro del término de la ultraactividad (apartado quinto). El acuerdo prevé asimismo el mantenimiento del convenio mientras dura la negociación (apartado sexto). Para el caso de que ésta se considere agotada por una de las partes, se insta al recurso de los procedimientos de solución extrajudicial de convenios colectivos. Esta misma solución se establece para los convenios que, a 8 de julio de 2013, lleven dos años denunciados sin que todavía no hayan sido renovados (apartado séptimo).

Este acuerdo es importante en el terreno de la «animación» de las unidades de negociación inferiores a establecer soluciones para los problemas de la ultraactividad. Sin embargo, es obvio que no se propone darles soluciones de forma directa. Obsérvese en este sentido las importantes limitaciones que presenta su operativa práctica. De un lado,

el acuerdo tiene mera eficacia obligacional como corresponde al ámbito en el que se alcanza. Aparte de que el II AENC, como es tradicional en nuestra negociación interconfederal, únicamente dispone de esa eficacia lo que condiciona la del acuerdo que nos ocupa, lo bien cierto es que éste mismo insiste en ella al configurarse expresamente como acuerdo entre los firmantes que se trasladará, o no, a las unidades de negociación a través del mecanismo del llamado deber de influencia (cfr. apartado octavo). De otro lado, las estipulaciones concretas en relación con la ultraactividad parten de un decidido respeto a las decisiones que las partes tomen en las unidades de negociación ordinarias. Se les reconoce la posibilidad de adoptar la decisión de considerar agotada la negociación, sin prever específicos parámetros para valorarla. La única conducta a la que se las insta en estos casos al seguimiento del procedimiento de mediación abriéndoseles la posibilidad de un arbitraje de carácter voluntario.

Estos límites hacen que su proyección sobre problemas concretos que puedan suscitarse en las unidades de negociación o en las empresas sea muy dudosa. Son claras las dificultades que presenta el acuerdo para cualquier judicialización no sólo en el terreno de las relaciones colectivas sino también en el de las individuales. Es cierto que cabría su utilización en clave de recomendaciones sobre buenas prácticas negociales para valorar la buena fe en la negociación. Pero este intento tendría que hacer las cuentas con el conjunto del acuerdo que extiende tales recomendaciones no sólo a la conservación la eficacia de los convenios en ciertas condiciones sino también a la renovación de sus contenidos (apartados segundo a cuarto).

En realidad, el carácter limitado de la aportación interconfederal es previsible. Ya he indicado los problemas que el funcionamiento de la solución preconizada por la reforma de 2011 encuentra en la práctica. Estos mismos problemas afectan, creo, a eventuales soluciones pactadas a nivel interconfederal como puede ser un acuerdo sobre materia concreta al amparo del artículo 82.3 ET, que optara por una mantenimiento a ultranza de los convenios o, al menos, de ciertas materias. Desde una perspectiva realista, cabe pensar como máximo en una intervención estrictamente coyuntural —como la representada por el acuerdo— o de carácter subsidiario de la dinámica que se desarrolle en las unidades de negociación inferiores —como podría ser una reformulación del extinto Acuerdo de Cobertura de Vacíos de 1997—.

De este modo, habrán de ser los convenios colectivos ordinarios los que afronten la temática de la eficacia temporal del convenio en el momento de su firma. Si esto era un desiderátum de la reforma de 2011, es una imperiosa necesidad después de la de 2012. Prevenir el bloqueo de la revisión convencional interesa tanto a la parte social como a la empresarial, como hemos visto. De este modo, sería preciso hacer un esfuerzo en todos los convenios para prever el recurso a instrumentos de desbloqueo, determinar la aplicabilidad o no de las reglas legales sobre finalización de la ultraactividad y, en el primer caso, el régimen aplicable para el caso de pérdida de eficacia. Un análisis reciente (CASAS, 2013, pp. 9 ss.) muestra, sin embargo, un grado de interés desigual por las distintas facetas del problema en los convenios que se van firmando: si no es infrecuente la extensión del período legal —ampliando la duración de la ultraactividad o haciéndola indefinida—, resultan de todo punto excepcionales las previsiones sobre desbloqueo de negociaciones o respecto del tratamiento posterior al vencimiento legal. Si estas tendencias no se corrigen, será difícil cerrar los problemas que plantea la ultraactividad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBIOL MONTESINOS, I. (dir.), (2005) *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*, Madrid (MTAS), 2005.
- ALFONSO MELLADO, C.L., «La reforma de la negociación colectiva: la vigencia del convenio y el problema de la ultraactividad», ponencia en las *XXV Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva* organizadas por la CCNCC, Madrid, octubre de 2012.
- CASAS BAAMONDE, M.E., «La pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos», ponencia presentada a la jornada «Incidencia de la reforma laboral en el mantenimiento de la ultraactividad. Alternativas en el ámbito de los Acuerdos Interprofesionales (ASAC y AENC)», organizada por CCOO y UGT, Madrid, 20 mayo de 2013 (en http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/1650641-Ponencia_de_M_Emilia_Casas.pdf, consulta: 27 de mayo de 2013).
- CRUZ VILLALÓN, J., «Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011», en García-Perrote, I. y Mercader, J.R. (dirs.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid (Lex Nova), 2011, pp. 19 ss.
- «Hacia una nueva concepción de la legislación laboral», TL 115(2012), pp. 13 ss.
- CRUZ VILLALÓN, J. (2012.b)], «Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012», GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER, J.R. (dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid (Lex Nova), pp. 385 ss.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., «Claves generales de las reformas de la negociación colectiva efectuadas por la Ley 35/2010 y por el Real Decreto-Ley 7/2011», en GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER, J.R. (dirs.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid (Lex Nova), 2011, pp. 47 ss.
- (2012) «El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva», en ESCUDERO, R. (coor.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid (Cinca), 2012, pp. 11 ss.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Reformas normativas y vigencia de los convenios colectivos», *Relaciones laborales* 23/24(2011), pp. 199 ss.
- «Reformas normativas y vigencia de los convenios colectivos», en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y VALDÉS, F. (dirs.), *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, Madrid (La Ley), 2012, pp. 381 ss.
- GOERLICH PESET, J.M., «La reforma de la negociación colectiva: procedimiento negociador y eficacia de los convenios colectivos», en *La reforma del sistema de negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial. XIX y XX Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Madrid (MTIn), 2008, pp. 57 ss.
- «Contenido y vigencia de los convenios colectivos», en García-Perrote, I. y Mercader, J.R. (dirs.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid (Lex Nova), 2011, pp. 103 ss.
- *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Valencia (Tirant), 2013.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos», TL 76(2004), pp. 135 ss.
- GUAMÁN, A. e ILLUECA, H., *El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el trabajo*, Madrid (Sequitur), 2012

- LAHERA FORTEZA, J., «Derecho transitorio de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 2012», RL 3(2013), pp. 43 ss.
- LLANO SÁNCHEZ, M., «La negociación colectiva» en MONTROYA, A., y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, pp. 345 ss.
- LLOMPART BENNÀSSAR, M., «Nuevas perspectivas en materia de estructura de la negociación colectiva y de duración del convenio colectivo», en Thibault, J. (dir.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el derecho del trabajo*, Madrid (La Ley), 2012, pp. 419 ss.
- LÓPEZ ANIORTE, M.C., «La reforma de la negociación colectiva como mecanismo de adaptación de las condiciones laborales», en CAVAS, F. (coor.), *La reforma laboral de 2012. Análisis del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Murcia (Laborum), 2012, pp. 149 ss.
- MARTÍNEZ ABASCAL, A.V., «La vigencia del convenio colectivo estatutario», REDT 100(2000), pp. 1497 ss.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., «Impacto de la reforma laboral en el sistema español de determinación y ajuste de las condiciones de trabajo», *Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 88(2013), pp. 101 ss.
- MERCADER UGUINA, J.R., «La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012», en García-Perrote, I. y Mercader, J.R. (dirs.), *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RDL 20/2012*, Valladolid (Lex Nova), 2012, pp. 419 ss.
- MERINO SEGOVIA, A., «La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos», RDS 57(2012), pp. 249 ss.
- MOLINA NAVARRETE, C., (2012) «De las “reformas laborales” a un nuevo, e irreconocible, “Estatuto del Trabajo subordinado”», RTSS (CEF), 348(2012), pp. 7 ss.
- NAVARRO NIETO, F., (2012) «La reforma del marco normativo de la negociación colectiva», ponencia del XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, mayo de 2012 (versión descargada de www.aedtss.com, el 2 de octubre de 2012).
- OLARTE ENCABO, S., «Cuestiones críticas en torno a la ultraactividad de los convenios colectivos», ponencia presentada al Foro de Debate sobre *La ultraactividad de los convenios colectivos* organizado por la CCNCC, Madrid, 29 de mayo de 2013. http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/ForosDebate/Ponencia_CCNCC_Sofia_Olarte_Ultraactividad_convenios_colectivos.pdf; consulta 6 de junio de 2013.
- PEDRAJAS, A. y SALA, T., «La ultraactividad normativa de los convenios colectivos: el estado de la cuestión», RL 2010-I, pp. 483 ss.
- PURCALLA, M.A. y PRECIADO, C.H., «Cambios en la negociación colectiva tras la Ley 3/2012: breves notas para el debate», RGTSS 31(2012), pp. 316 ss.
- ROQUETA BUJ, R. (2012.b)], *La flexibilidad interna tras la reforma laboral*, Valencia (Tirant), 2012.
- SALA FRANCO, T., «La ultraactividad de los convenios colectivos», en prensa, 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «La duración de los convenios colectivos tras la reforma», *Aranzadi doctrinal*, 10/2013.
- SEMPERE, A.V. y MARTÍN, R., *Claves de la reforma laboral de 2012 (estudio del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma laboral*, Cizur Menor (Aranzadi), 2012.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., «La modificación de condiciones de trabajo en la reforma laboral de 2012», REDT 155(2012), pp. 71 ss

VALDÉS DAL-RÉ, F., «Sobre la prórroga de la vigencia de los convenios colectivos denunciados y vencidos», AL 27(1986), pp. 1369 ss.

— «La reforma de la negociación colectiva de 2012», RL 23/24(2012), pp. 221 ss.

VARELA AUTRÁN, B., «La ultraactividad del convenio colectivo en la Ley 3/2012, de reforma del mercado laboral», La Ley 8095, 31 de mayo de 2013.

NUEVAS TENDENCIAS EN LA CONTRATACIÓN: LAS HERRAMIENTAS DE FOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

EVA M. BLÁZQUEZ AGUDO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UC3M

RESUMEN

En 2012 y 2013 se han introducido importantes cambios en materia de contratación y en su incentivación. El objeto de este análisis es buscar el hilo conductor de la regulación aplicable a los efectos de determinar qué principios están dirigiendo esta materia en este momento desde el examen de las distintas modalidades contractuales y las bonificaciones/reducciones de cuotas que aún quedan vigentes. En esta dirección, un primer objetivo consiste en la protección de las PYMES, tipología más usual en el tejido empresarial español, de acuerdo con sus especialidades en materia de gestión de su plantilla. Se han establecidos modalidades contractuales e incentivos dirigidos exclusivamente a estas empresas con el fin de fomentar la celebración de contratos y el mantenimiento de los puestos de trabajo. Además, se busca proteger a determinados colectivos sensibles como son los jóvenes (sobre todo a través de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013), que sufren una alta tasa de desempleo; los maduros, con especiales dificultades de inserción; los discapacitados, ámbito en el cual se mantienen importantes estímulos que tratan de evitar su discriminación en el mercado laboral; y, en algún sentido, a los trabajadores con cargas familiares. Pero, además, hay que poner de manifiesto otra tendencia fundamental en este ámbito: las modalidades contractuales se pueden emplear como instrumento de flexibilidad interna.

Palabras claves: Contratos, bonificaciones, reducciones de cuota, colectivos protegidos y PYMES.

ABSTRACT:

In 2012 and 2013 important changes as regards recruiting and its promotion were implemented. The object of this analysis is to look for the conductive thread of the applicable regulation in order to determine the principles that currently govern this matter by assessing the different contract modalities and the bonuses / reductions of contributions which are still in force. In this regard, a first objective consists on the protection of PYMES, as they are the most common within the Spanish business network, according to their specialties regarding the management of their staff. Contractual modalities and incentives have been implemented exclusively addressed to these companies with the purpose of promoting the execution of contracts and the maintenance of the working positions. Also, the protection of certain weaker groups such as the young people is being sought (mainly through the Strategy of entrepreneurship and Young Employment 2013) who suffer a high unemployment rate; the mature ones, with special insertion difficulties; the disabled people for whom important stimuli are being kept in order to avoid their discrimination in the labour market; and, in some sense, those workers with dependents. But, also, it is necessary to show another fundamental trend in this field: the different contract types can be used as an instrument of internal flexibility.

Keywords: Contracts, bonuses, reduction of contributions, protected groups and PYMES.

Fecha de recepción: 29/12/2012

Fecha de aceptación: 29/12/2012

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN A TENOR DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS.
 2. LA PROTECCIÓN DE LAS PYMES COMO EMPRESAS CON ESPECIALES NECESIDADES DE GESTIÓN.
 - 2.1. El contrato de apoyo a emprendedores: un contrato con alma de temporal sin causa.**
 - a) El contenido, en especial el período de prueba.
 - b) Los incentivos fiscales y laborales.
 - 2.2. La promoción de la conversión de contratos temporales en indefinidos.**
 - 2.3. El apoyo autonómico a la contratación.**
 3. LOS INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN DE COLECTIVOS ESPECIALMENTE SENSIBLES.
 - 3.1. Los trabajadores jóvenes: la protección hasta los 30 años.**
 - a) Los incentivos fiscales y laborales del contrato de apoyo a los emprendedores: una ocasión desaprovechada de fomentar el trabajo de los más jóvenes.
 - b) La contratación indefinida en las MICROPYMES.
 - c) El contrato de formación y aprendizaje como opción especialmente ventajosa para la contratación de jóvenes no cualificados.
 - c.1) La formación como elemento consustancial del contrato.
 - c.2) La reducción de las cuotas: la eliminación de los costes sociales.
 - d) La contratación anexa a la falta de experiencia: el contrato formativo parcial y el contrato temporal sin causa.
 - e) La reactivación del contrato en prácticas ante el incremento de la tasa de desempleo de jóvenes formados.
 - f) La promoción del trabajo autónomo.
 - 3.2. Los trabajadores maduros.**
 - a) La bonificación de las cuotas a los trabajadores mayores de 45 años a través del contrato de apoyo a emprendedores.
 - b) La desaparición del incentivo de permanencia en el mercado laboral de los trabajadores mayores de 60 años.
 - c) La contratación indefinida por trabajadores autónomos jóvenes.
 - 3.3. Los discapacitados: el único colectivo realmente protegido en el ámbito de la contratación.**
 - 3.4. Los trabajadores con cargas familiares y las familias.**
 4. LA PROMOCIÓN DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA.
 - 4.1. El contrato a tiempo parcial y la flexibilidad en el tiempo de trabajo.**
 - 4.2. El teletrabajo y la flexibilidad en el lugar de trabajo.**
-
-

1. INTRODUCCIÓN. LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN A TENOR DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS

Tanto en la reforma de 2010 como en la de 2012⁽¹⁾, en principio, se busca la promoción de la contratación indefinida a través de la facilitación de ciertas modalidades: en 2010 se flexibilizan los requisitos del contrato de fomento del empleo y en 2012, aunque desaparece el primero, se crea una tipología dirigida a las PYMES, el contrato de emprendedores. Ambas formulaciones se regulan en paralelo a incentivos laborales, incluso fiscales, para fomentar su utilización. En la misma dirección, teniendo en cuenta que es una realidad empírica que la empresa contrata teniendo en cuenta la indemnización que deberá abonar en el momento de la extinción contractual, se ha intentado acercar, en ambas reformas, las indemnizaciones por finalización de contrato temporal (hasta 12 días por año en 2015) y por extinción improcedente de contrato indefinido (33 días por año desde el 12 de febrero de 2012).

En la reforma de 2010 se incidió en la lucha contra el fraude de la contratación temporal⁽²⁾, limitando la duración del contrato de obra⁽³⁾, y ampliando los supuestos de hecho protegidos por la regla del encadenamiento de modalidades contractuales temporales, promocionando la contratación indefinida a través de la elevación de la indemnización por extinción de la contratación temporal y la ampliación de los supuestos en los que se podía emplear el contrato indefinido de fomento del empleo. Frente a esta opción indirecta, la reforma de 2012 apuesta directamente por la contratación indefinida mediante la creación del contrato de apoyo a los emprendedores dirigido a las PYMES, aunque al eliminar el contrato de fomento del empleo aplicable a todo tipo de empresas, se reducen los incentivos para la contratación indefinida sólo a las organizaciones de más de 50 trabajadores.

De acuerdo con estas premisas, en una primera impresión, se podría concluir que el legislador español sigue apostando por la contratación indefinida frente a la temporal. No obstante, esta tendencia se matiza en ocasiones, apostando por el fomento de la contratación en general, con independencia de su duración, tal y como se pondrá de manifiesto a lo largo de este análisis. En cierto sentido, esta línea de actuación se reconoce en la propia Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 cuando se señala que uno de los objetivos de la reforma es el equilibrio entre la contratación indefinida y la temporal.

(1) Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE núm. 227, de 18 de septiembre) y Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 162, de 7 de julio).

(2) Se estima que el 50% de los contratos temporales se celebran en fraude de ley. Vid. TOSCANI GIMÉNEZ, D., "El fomento de la contratación indefinida: el nuevo contrato para emprendedores" en *Temas Laborales*, núm. 116/2012, pág. 14.

(3) En concreto, se limitó la duración del contrato de obra y servicios, incluso en contra de su propia naturaleza: la cobertura de las necesidades de la empresa de contratar a los efectos de realizar una obra o servicio determinado y con autonomía propia dentro de su actividad, en principio, de duración incierta. Esta noción es difícilmente compatible con una limitación temporal, pensada para la lucha contra el fraude. Con dicha limitación, a las empresas las sitúa en una posición difícil de resolver, cuando precisan contratar a un trabajador para una obra o servicio, cuya duración es superior al delimitado por la norma, ya que si finalmente se extiende en el tiempo más allá del límite, el contrato se convierte en indefinido, pero si se finaliza con anterioridad a los efectos de evitar este desenlace, como no ha terminado la obra o servicio, se consigue idéntica consecuencia.

Apoyando esta última aseveración, la reforma de 2012 amplía el período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores hasta un año convirtiéndolo, en cierto modo, en un temporal sin causa y, además, ha suspendido durante un año y medio la regla de encadenamiento de contratos temporales⁽⁴⁾. Con todo, parece que se anima a la contratación temporal, inclusive promocionando en cierto modo la utilización fraudulenta de las modalidades. En este sentido, además, se suspendió transitoriamente la regla de encadenamiento que limita la contratación de un mismo trabajador a través de diversos contratos de esta naturaleza. Por otro lado, los incentivos a la contratación indefinida se condicionan a requisitos de acceso excesivos, como luego se verá.

De todo lo señalado anteriormente, hay que concluir que se ha apostado prioritariamente por la promoción de la temporalidad como solución a la carencia de contrataciones en los últimos tiempos, ya que, en cierta manera, se anima al empresario al fraude a través de la contratación temporal masiva sin aplicación de las limitaciones propias de esta modalidad. Concretamente en la reforma de 2012 se siguen dos líneas de trabajo contrapuestas, entremezclando los objetivos perseguidos. Así, la orientación al fomento de la contratación indefinida parece que vira hacia la promoción de la contratación en general, lo cual aunque se puede valorar desde las altas tasas de desempleo, sin embargo, no parece que aún se haya conseguido sus finalidades y sí una alta desprotección del trabajador o, incluso, lo que algunos han denominado como huida del derecho del trabajo⁽⁵⁾.

Dirigida por similares principios, se presenta la última modificación de los contratos en el ámbito concreto de la incentivación del empleo joven, es decir, la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo⁽⁶⁾. Dentro de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven (2013-2016) se han propuesto cien medidas, de las cuales algunas ya se han desarrollado en la norma señalada. En el ámbito que aquí interesa, el de la contratación, se han incluido diversas modalidades, unas que tienden a incentivar la contratación indefinida (mediante una modalidad dirigida exclusivamente a las MICROPYMEs y otra a los emprendedores jóvenes que contraten trabajadores maduros); pero, por otro lado, igualmente han reconocido nuevas fórmulas en

(4) Se suspende la norma de encadenamiento respecto a los servicios prestados bajo contratos temporales que se desarrollen entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012. Esto es, durante este período no se aplica el tenor del artículo 15.5. ET que prohíbe que el total de los contratos de obra y eventuales que se hayan celebrado por una empresa o grupo de empresas con un único trabajador duren en total más de 24 meses en un período de 30. Es importante advertir que la regla de suspensión del encadenamiento tendrá efectos mucho tiempo después de su finalización, dado que se tienen en cuenta las contrataciones realizadas en los últimos 30 meses, por lo que los efectos de dicha suspensión, que funcionará como paréntesis, se extenderán hasta el 30 de junio de 2015.

(5) Desde el análisis de los datos estadísticos de la evolución de la contratación indefinida en 2011, 2012 y 2013 se puede inferir que no ha sido afectada por las distintas reformas. Por ejemplo, en los meses de febrero de todos estos años las cifras han sido similares, aunque sí que se refiere una pequeña reducción en el último año (94.363, 96.448 y 91.584). Si se comparan meses en los que ya estaba vigente la reforma de 2012 se pueden sacar conclusiones similares hasta septiembre (104.716 frente a 98.002), aunque hubo un pequeño repunte en octubre (97.262 frente a 130.632). Pero, de nuevo las cifras han vuelto a bajar posteriormente, lo que se deduce de la comparación de los meses de abril de 2012 y 2013 se observa de nuevo una nueva bajada (115.253 frente a 98.349). Similares deducciones se pueden presentar en relación al número de contratos totales (indefinidos y temporales). En definitiva, el mercado laboral evoluciona con independencia de las reformas laborales, incrementado en general la contratación en los mismos meses, con independencia de su modalidad. FUENTE: SEPE, MESS.

(6) BOE núm. 179, de 27 de julio.

el contexto del trabajo temporal, destacando entre ellas la creación de un nuevo contrato de duración determinada, cuya causa es la primera experiencia profesional.

Junto a las reformas mencionadas, la norma con mayor influencia en este ámbito es el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad⁽⁷⁾. Ha sido clave en materia de contratación, ya que se han suprimido la mayoría de las bonificaciones aplicables a las cuotas de la Seguridad Social, aunque sí ha mantenido la vigencia de las reducciones⁽⁸⁾. La entrada en vigor de esta normativa supuso el incremento súbito de los costes sociales de la empresa, dado que no sólo se han eliminado las bonificaciones en relación a las contrataciones futuras, sino también respecto a las ya reconocidas. Todo lo cual ha significado una importante adversidad en materia de contratación, dificultando en muchas ocasiones, en aras al ahorro de costes públicos, el sostenimiento del empleo en las empresas y, por tanto, anulando los efectos de fomento de la contratación de las otras reformas.

De acuerdo con este panorama, a través del examen conjunto de ciertos aspectos de las modalidades de contratación y sus incentivos, en este trabajo se pretende aportar conclusiones sobre los principales objetivos que se persiguen en este ámbito concreto del Derecho de Trabajo. La primera de ellas es la apuesta por la protección, por un lado, de las PYMES (y ahora más concretamente a las MICROPYMES), como tipología de empresa con especiales dificultades en la gestión de su plantilla y, por otro, de ciertos colectivos especialmente sensibles con características intrínsecas que complican su inserción en el mercado laboral. Es práctica habitual en las políticas de empleo establecer determinados beneficios para grupos con especiales dificultades⁽⁹⁾. En este contexto, la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 destaca como colectivos prioritarios a los desempleados, a los jóvenes sin formación, los discapacitados y a los mayores de 45 años⁽¹⁰⁾. A estos se van a añadir en este estudio los trabajadores con cargas familiares que precisan de instrumentos que les faciliten la conciliación de la vida familiar y laboral⁽¹¹⁾. Pero, además, hay otra tendencia que se pone de manifiesto en la nueva regulación de la contratación y sus incentivos: se utilizan sus distintas manifestaciones como un instrumento más en el ámbito de la flexibilidad interna. A todas estas cuestiones se dedican las siguientes páginas.

(7) BOE núm. 168, de 14 de julio.

(8) La DT 5.ª Decreto- ley 20/2012 recuerda que la diferencia entre las bonificaciones y las reducciones de cuota están principalmente en el origen de su financiación, la primera depende del Servicio Público de Empleo y la segunda de la Tesorería General de la Seguridad Social.

(9) Los colectivos protegidos en el marco de las políticas de empleo dependen de la evolución de las necesidades sociales. Vid. GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J., *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011. pág. 41.

(10) Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 (BOE núm. 279, de 19 de noviembre).

(11) Además de los que se van a analizar, hay otros colectivos especialmente protegidos en la contratación a través de bonificaciones que se han mantenido en el RD-ley 20/2012. Así, por ejemplo los penados en instituciones penitenciarias (65% de las cuotas por contingencias comunes, desempleo, FP y FOGASA) y los trabajadores en exclusión social inscritos como desempleados (600 €/año con una duración de 4 años). O respecto a los trabajadores de ciertos sectores para las empresas de Ceuta y Melilla (50% de las cuotas de contingencias comunes, FOGASA, Desempleo/Formación Profesional) o los fijos discontinuos en los sectores del turismo y la hostelería en relación a su actividad en los meses de marzo y noviembre (50% de las contingencias comunes/desempleo/ FOGASA/Formación Profesional) en la DA 12ª de la Ley 3/2012.

2. LA PROTECCIÓN DE LAS PYMES COMO EMPRESAS CON ESPECIALES NECESIDADES DE GESTIÓN

En las últimas reformas se ha impuesto el principio de apoyo a las empresas con menor número de trabajadores. Esta opción no es caprichosa, dado que este tipo de organizaciones son las más numerosas en el tejido empresarial español⁽¹²⁾. El objetivo de esta línea de actuación es la superación de las dificultades anexas a sus especiales características de gestión⁽¹³⁾. No es de extrañar, por tanto, que de acuerdo con su primacía numérica y con sus notas el Tribunal Constitucional no haya valorado su especial tratamiento como discriminatorio⁽¹⁴⁾. Se entiende que la legislación laboral puede ordenar la economía y las relaciones laborales de acuerdo con las carencias concretas de los distintos agentes del mercado laboral, y las circunstancias de las empresas de menos trabajadores fundamentan estas especialidades.

La Ley 3/2012 ha determinado que debe entenderse por PYME: las organizaciones de menos de 50 trabajadores, número idéntico al que ha elegido el Estatuto de los Trabajadores para establecer diferencias en la forma de representación de los trabajadores en las empresas (se conformará un Comité de Empresa, cuando el número de empleados sea superior al dicho límite). No obstante, no siempre se emplea la misma delimitación. En ocasiones, el número de trabajadores valorado son menos de 25 trabajadores (por ejemplo, en relación a la protección del FOGASA), menos de 100 empleados (por ejemplo, en la anterior regulación de las bonificaciones de los contratos de sustitución de trabajadores en formación)⁽¹⁵⁾, o menos de 250 trabajadores en materia de acceso a las bonificaciones de la formación de demanda o para acceder a mejores bonificaciones en los contratos de formación y aprendizaje.

Sería necesario que la norma introdujese una definición de PYME que pudiese ser empleado en todos los supuestos. Esto es, parece adecuado que las empresas, a todos los efectos, sepan cuando son calificadas como PYMES y así acceder a todos los beneficios regulados a su favor. Desde aquí se reivindica la utilización del límite de 50 trabajadores como el estándar a proponer en cuenta a que estas entidades comparten problemas similares de organización, con independencia de que existan MICROPYMES que puedan precisar de otras ventajas añadidas a las generales. En concreto, la Ley 11/2013 introduce el concepto de MICROPYMES a los efectos de crear modalidades contractuales dirigi-

(12) Las empresas españolas se caracterizan por su reducida dimensión. El 51,1% del total no emplea trabajadores y el 27,9% tiene entre 1 y 2 empleados. De entre las empresas con asalariados, sólo el 5,5% del total tienen 20 o más trabajadores. FUENTE: INE (Últimos datos publicados correspondiente a 1 de enero de 2007). En la propia Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 se indica que, de acuerdo con el Directorio Central de Empresas del INE el 99,23% de las empresas son organizaciones de menos de 50 trabajadores. No obstante, hay que tener en cuenta que si bien es verdad que la gran mayoría de las empresas son PYMES, sin embargo, sólo el 41% de los trabajadores desarrollan su actividad en ellas.

(13) CES, *Sistema Educativo y capital humano*, Informe 01/2009. pág. 93.

(14) STC 6/1984, de 24 de enero.

(15) Se regula una bonificación del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social y el pago limitado del salario al 50% de la cuantía de la prestación contributiva de desempleo que estuviere percibiendo el contratado temporalmente, permitiendo la compatibilidad del otro 50% recibido en concepto de subsidio. En la actualidad, se ha extendido su utilización a todas las empresas con independencia de su tamaño.

das especialmente a sus necesidades. Es la primera ocasión en que la normativa laboral utiliza este término. Se definen como aquellas organizaciones con una plantilla inferior a 9 trabajadores, incluidos los trabajadores autónomos (es decir, el propio empresario, si igualmente desarrolla actividad laboral en la empresa).

En otro orden de cosas, hay que poner en evidencia que en la calificación de una empresa como PYME/MICROPYME sólo se valora el número de sujetos en la plantilla. Sin embargo, existen otras cuestiones que podrían influir en su calificación como son el volumen del negocio, el balance general o la autonomía de la organización. Todos estos elementos marcan importantes diferencias entre las empresas, que pueden determinar una diferenciación clara de necesidades en su regulación⁽¹⁶⁾. Seguramente la introducción de otros componentes en la valoración ajustaría las necesidades de atención que tienen este tipo de empresas a su realidad.

Con independencia de estas cuestiones definitorias a continuación se pasa a analizar las ventajas reguladas a favor de las PYMES en la reforma de 2012, iniciando el estudio con el contrato de apoyo al emprendedor. A continuación se van a analizar las bonificaciones en la conversión de contratos temporales en indefinidos y, por último, ciertos beneficios regulados para estas organizaciones desde el ámbito autonómico.

2.1. El contrato de apoyo a emprendedores: un contrato con alma de temporal sin causa

La reforma de 2012, a la vez que deroga el contrato indefinido de fomento del empleo, ha creado una nueva modalidad dirigida a las empresas de menos de 50 trabajadores⁽¹⁷⁾. El primer elemento a analizar es la valoración de la plantilla en el momento de la contratación, donde habrá que contabilizar tanto a los empleados con contrato indefinido como a los contratados mediante modalidades temporales⁽¹⁸⁾. Surge la duda respecto a la calificación de los contratos de interinidad, puesto que en este supuesto existen dos trabajadores (el sustituido y el sustituyente). Hay razones para entender que en este caso sólo se debe contabilizar a uno de ellos, ya que en caso contrario se registrarían dos sujetos para un mismo puesto de trabajo⁽¹⁹⁾.

Dos son los límites a tener en cuenta a la hora de contratar bajo esta modalidad. El primero consiste en la prohibición de empleo de esta tipología para contratar para el mismo puesto de trabajo, incluido en el mismo grupo profesional, y para idéntico centro de trabajo,

(16) En este sentido, Vid. Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (DOCE L 124/36, de 20 de mayo).

(17) Curiosamente esta modalidad contractual se ha regulado al margen del ET, quizás la razón sea que es una tipología transitoria marcada por la duración de la crisis laboral (se aplicará hasta que la tasa de desempleo sea inferior al 15%).

(18) Se tendrán en cuenta también a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y a los fijos discontinuos, Vid. GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales” en AAVV, *La regulación del Mercado Laboral*, Lex Nova, 2012. pág. 66.

(19) PÉREZ REY, J., “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo” en *Revista de Derecho Social*, núm. 57/2012. pág. 54.

cuando con anterioridad ocupaba el puesto un trabajador, cuya relación laboral fue extinguida de forma improcedente. Con este objeto, se tendrán en cuenta todas las extinciones con estas características realizadas en los seis meses anteriores a la contratación⁽²⁰⁾. Hay que llamar la atención sobre el hecho de que si ese concreto puesto de trabajo ha sido ocupado por un trabajador cuyo contrato fue finalizado vía despido económico y no fue declarado improcedente (por ejemplo, porque no se impugnó ante la jurisdicción), el empresario, que decidió amortizar un puesto por causas objetivas, no tiene ninguna limitación a la hora de volver a contratar bajo una modalidad ventajosa como la examinada. Por otra parte, con el mismo objeto de evitar el fraude, se prohíbe la contratación de trabajadores que ya prestaron sus servicios en la misma empresa con el fin de evitar el denominado «efecto sustitución», es decir, que se extingan contratos de otra modalidad y se celebre con el mismo empleado uno de apoyo de emprendedores para aprovechar las ventajas que tiene anexas⁽²¹⁾.

Analizados los límites generales de la contratación, hay que entrar a valorar su contenido. Como premisa hay que enmarcar la regulación de esta modalidad en el propio Estatuto de los Trabajadores y en los convenios colectivos aplicables, al igual que el contrato indefinido ordinario, a excepción de la inaplicación excepcional del período de prueba regulado en el artículo 14 ET (principal ventaja empresarial de esta opción). Asimismo, la reforma de 2012 ha regulado incentivos fiscales y laborales con el fin de animar a la empresa a contratar bajo esta modalidad. Estos tres elementos (utilización simple del contrato con el período de prueba excepcional, empleo de los incentivos fiscales y uso de las bonificaciones de las cuotas de cotización empresarial) son tres estadios que pueden ser elegidos de forma independiente según las necesidades de la empresa. Es decir, son tres ventajas que pueden ser empleadas conjuntamente o de forma independiente de acuerdo con las condiciones empresariales. A continuación se entra en su estudio.

a) *El contenido, en especial el período de prueba*

El contrato de apoyo a emprendedores siempre tiene que formalizarse por escrito como contrato indefinido a tiempo completo. Este elemento suscita la primera crítica que se ha hecho desde el lado de la empresa, en cuanto a que en muchas ocasiones los que inician su actividad (los verdaderos «*emprendedores*»)⁽²²⁾, dadas sus limitaciones presupuestarias, deben contratar a tiempo parcial, con el resultado de la imposibilidad de emplear las ventajas anexas a la modalidad contractual estudiada.

Como ya se ha adelantado, la singularidad de esta modalidad es la inaplicación de la duración del período de prueba del artículo 14 ET. Hay que recordar que este precepto

(20) Se ha regulado una limitación temporal transitoria, puesto que hasta el 8 de enero de 2013 deben haberse tenido en cuenta sólo las extinciones realizadas con posterioridad al 8 de julio de 2012 (fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2012).

(21) TOSCANI GIMÉNEZ, D., “El fomento de la contratación indefinida: el nuevo contrato para emprendedores”, op. cit. pág. 21.

(22) Curiosamente este contrato se denomina de emprendedores, cuando la mayoría de los casos las empresas de menos de 50 trabajadores serán sociedades mercantiles, Vid. TOSCANI GIMÉNEZ, D., “El fomento de la contratación indefinida: el nuevo contrato para emprendedores”, op. cit. pág. 20

establece, en caso de inexistencia de pacto en convenio, la limitación de la duración de esta institución a seis meses para los técnicos titulados y dos meses para los no titulados. Como la norma señala que esta regla es aplicable en defecto de pacto, parece que acepta la determinación de otros tiempos vía negociación colectiva. No obstante, esta libertad no es absoluta, sino que la jurisprudencia la ha matizado de acuerdo con las necesidades de su finalización, es decir, el lapso de tiempo preciso para que las partes valoren la adaptación del trabajador al puesto de trabajo para el cual ha sido contratado⁽²³⁾.

Esta doctrina podría ser aplicable a la duración general marcada para el período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores con independencia de otras circunstancias. Su excesiva duración a los efectos de comprobar las aptitudes del trabajador se manifiesta en contra de la propia naturaleza de la institución. En cualquier caso, se ha regulado como un límite absoluto e indisponible para los convenios colectivos, en la misma línea que el Estatuto impone el límite general de tres meses para los contratados sin titulación técnica por las empresas de menos de 25 trabajadores. Lo que sí parece admisible es su reducción por pacto expreso de las partes. También se debe interpretar que no es necesario que aparezca expresamente recogido en el contrato, sino que se entiende su aplicación generalizada, cuando en su tenor no se exprese pacto en contrario⁽²⁴⁾.

Volviendo al asunto de la ampliación del tiempo de prueba, hay que señalar que parece que lo que realmente se busca es permitir a la empresa hacer contratos con una duración limitada de un año, sin causa. Será más provechoso contratar bajo esta modalidad, cuya extinción no lleva inherente ninguna indemnización hasta transcurrido el primer año, que cualquier contrato temporal, donde habrá que demostrar la causa y habrá que indemnizar, aunque sea con una cuantía reducida, en el momento de su finalización. En definitiva, con esta regulación se está invitando al fraude en la contratación⁽²⁵⁾. Esto es, regulando un contrato temporal sin causa⁽²⁶⁾.

(23) En esta dirección, se ha señalado que la duración del período de prueba debe estar marcada por su propia naturaleza, es decir, por el tiempo necesario para valorar las cualidades laborales del trabajador y su relación con el puesto de trabajador, siempre y cuando se desconozcan estas condiciones, ya que en caso contrario la prueba deviene nula (STS 18 de enero de 2005). Asimismo, se ha señalado que un incremento en la duración máxima de dicho período en la negociación colectiva encajaría mal con su naturaleza temporal, puesto que sólo buscaría ampliar torticeramente la posibilidad de un despido acausal, libre y barato (STS, unificación de doctrina, de 20 de julio de 2011, recurso 152/2010). De esta manera, se ha declarado la nulidad, por ejemplo, de cláusulas convencionales que recogían duraciones de dos años (STS 12 de noviembre de 2007, recurso 2008/701).

(24) En contra de esta interpretación, DEL VAL TENA, A.L., *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, 1998, pág. 84.

(25) Parte de la doctrina ha calificado esta regulación como una forma de huida del derecho del trabajo (PÉREZ REY, J., “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”, op. cit., págs. 56 y ss.) o incluso se ha planteado la inconstitucionalidad de la regla (GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales” op. cit. págs. 76 y ss). En esta línea también se pronuncia TOSCANI GIMÉNEZ, D. (“El fomento de la contratación indefinida: el nuevo contrato para emprendedores”, op. cit. pág. 23), que apunta la vulneración del artículo 35 CE, dado que se permite el despido sin causa durante el primer año.

(26) El contrato “de apoyo a los emprendedores” es una copia del contrato *nouvelles embauches* (nuevos empleos) que Sarkozy creó en Francia en 2005 (Ley 846, de 26 de julio), que fue calificado de abusivo por la jurisprudencia francesa y en una recomendación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de forma que fue derogado en 2008.

De acuerdo con la jurisprudencia sobre la naturaleza del período de prueba, se podría, quizás, deducir que el trabajador, que ve extinguido su contrato de apoyo de emprendedores más allá de los límites entendibles como precisos para demostrar sus capacidades⁽²⁷⁾, podrá solicitar que se declare que ha sido aplicado con fraude de ley (artículo 6.4. Código Civil). Es decir, celebrado al amparo de una norma, pero persiguiendo un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, lo que implica la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir. En este caso, se plantea la duda de cuál sería entonces el plazo de prueba. Hay razones para entender que sería el marcado por el artículo 14 ET; de acuerdo con lo señalado en el artículo 9 del mismo cuerpo legal en relación a la conservación del contrato y la aplicación complementaria de las normas generales. Incluso se podría plantear si el trabajador que ha visto finalizado su contrato en estas condiciones podría ejercitar la acción por despido improcedente o nulo, dado que realmente con esta actuación se está enmascarando un despido sin causa.

Con independencia de las respuestas a estas cuestiones, que tendrán su resolución en las sentencias de los juzgados de lo social, la realidad es que el legislador ha determinado intencionadamente un período de prueba muy extenso de acuerdo con la naturaleza de la institución con ánimo de fomentar la contratación, aunque no sea indefinida. De acuerdo con estas premisas, habrá que presumir que cuando el empresario emplea esta ventaja obedece a un incentivo que le pone a su alcance la normativa y luego será, en su caso, los tribunales los que deberán analizar en cada caso concreto la intencionalidad y el ánimo de fraude⁽²⁸⁾. Con lo que es de esperar que se incremente la utilización de la contratación indefinida bajo esta modalidad, en cuanto a que sus ventajas son superiores a un contrato temporal de menos de un año de duración y, en cualquier caso, es la única diferencia con un contrato indefinido ordinario.

b) Los incentivos fiscales y laborales

Se regulan dos situaciones de hecho en las que la empresa se puede incentivar fiscalmente por sus trabajadores contratados bajo la modalidad de apoyo a los emprendedores: uno para las empresas que realizan su primer contrato de trabajo y otros para el resto. También se establecen bonificaciones laborales con el objeto de colaborar en el fomento de la contratación de las PYMES. En ambos supuestos se fomenta, por un lado, la contratación de los más jóvenes (menores de 30 años) y, por otra, de los trabajadores maduros (mayores de 45 años).

Todos estos incentivos, se van a analizar desde el punto de vista de los colectivos protegidos. No obstante, hay que adelantar que dados los requisitos anexos a la incentivación fiscal y laboral de esta modalidad contractual, habrá que concluir que el contrato de apoyo al emprendedor no va a ser utilizado a los efectos de conseguir sendos beneficios, sino sólo con el objeto de aprovechar el largo período de prueba que lo convierte en una

(27) En todo caso, será el trabajador quien deberá probar el fraude de ley (STC 41/1984, de 21 de marzo).

(28) Parte de la doctrina señala que con la regulación de este contrato se incrementa la dualidad en el mercado de trabajo, Vid. TOSCANI GIMÉNEZ, D., “El fomento de la contratación indefinida: el nuevo contrato para emprendedores”, op. cit., pág. 23.

modalidad temporal sin causa. Esta es el verdadero apoyo a la contratación que se ofrece a la PYME⁽²⁹⁾.

2.2. La promoción de la conversión de contratos temporales en indefinidos

Tradicionalmente se ha fomentado la contratación indefinida a través de la bonificación de la conversión de contratos de carácter temporal. Este tipo de ventajas siguen manteniéndose en la regulación actual. El objetivo de dichas bonificaciones consiste en el fomento de la contratación indefinida tanto a favor de la empresa, que ahorra en costes sociales, como de los trabajadores, que consiguen relaciones laborales más estables. No obstante, ahora se restringe su campo de actuación a las empresas de menos de 50 trabajadores en la línea iniciada por la reforma de 2012 de fomentar la contratación sólo en este tipo de organizaciones, que son las que más dificultades sufrirá a la hora de mantener los puestos de trabajo de sus empleados.

Así, cuando se convierta en indefinido un contrato en prácticas, de relevo o de sustitución de indefinidos, las empresas de menos de 50 trabajadores (incluye autónomos y sociedades cooperativas o laborales respecto a socios trabajadores del Régimen General) podrán bonificarse en 500 € anuales por los hombres y 700 € anuales por las mujeres durante 3 años.

Varias cosas hay que advertir sobre estas bonificaciones. En primer lugar, la carencia de otros condicionantes, hacen que quien decida la conversión (en cuya decisión podrá incidir positivamente las ventajas señaladas), podrá aprovecharse del beneficio sin ningún otro requisito. Por otra parte, se mantiene la diferenciación entre hombre y mujer sin ninguna otra matización, lo que, como se verá, no ocurre en los beneficios regulados para las trabajadoras contratadas bajo la modalidad del contrato de apoyo a los emprendedores⁽³⁰⁾. Hay que defender que la protección del colectivo de las mujeres en general desvirtúa la atención a los grupos que entre ellas sí precisan de beneficios concretos que animen a su contratación, de forma que hay que calificar de adecuado las ventajas que se conceden de forma limitadas, no a todas las mujeres, sino a las que sufren doble discriminación (por ejemplo, por estar infrarrepresentadas en un sector o por ser víctimas de violencia de género⁽³¹⁾).

(29) Sólo el 0,5% de las PYMES, en un periodo de tres meses, han empleado el contrato de emprendedores a los efectos de aprovechar sus incentivos fiscales y laborales. FUENTE: Primer Observatorio de Seguimiento de la Reforma Laboral 2012 (Fundación Sagardoy y Fundación Adecco).

(30) En octubre de 2012 se han realizado un total de 20429 conversiones en contrato indefinidos para hombres y 18.675 para mujeres, con lo que se debe concluir que la mayor cuantía concedida para las trabajadoras no está teniendo grandes efectos. FUENTE: SEPE, MESS.

(31) En este sentido, no hay que olvidar que la propia Estrategia de Empleo Española de 2012 sugiere la atención especial de las mujeres en riesgo de exclusión, a las víctimas de violencia de género y a las que encabezan familias monoparentales. Así, el RD - ley 20/2012 mantiene las clásicas bonificaciones por la contratación de las mujeres víctimas de violencia de género (850 €/año durante 4 años) o violencia doméstica (1500 €/año durante 4 años), esta última también aplicable a las víctimas de violencia de terrorismo. Tan sensible es este colectivo que incluso se bonifica la contratación temporal con 600 euros anuales durante 4 años. En estos supuestos, las únicas condiciones que se imponen a la empresa es estar al corriente de pago, no haber sido sancionadas y que no hayan extinguido improcedentemente los puestos de trabajos vinculados al contrato de estas trabajadoras en los últimos doce meses. Igualmente se bonifican al 100% los contratos de interinidad, respecto a las contingencias comunes, en sustitución de trabajadores que sufran violencia de género.

2.3. El apoyo autonómico a la contratación

Antes de finalizar este apartado, hay que mencionar la DF 12ª de la Ley 3/2012 que determina que las Comunidades Autónomas podrán, con cargo a los fondos estatales, realizar acciones y medidas reguladas en la normativa estatal adaptadas a la realidad de las personas desempleadas y del tejido productivo de su ámbito territorial.

En esta línea, se puede presentar como ejemplo los beneficios recogidos en la Orden 23/2012, de 12 de noviembre, de la Comunidad de Madrid, por la que se establecen las bases reguladoras para la compensación de cuotas a la Seguridad Social a aquellos emprendedores que creen empleo o prorroguen la duración de los contratos ya existentes, y se convocan subvenciones para el año 2012⁽³²⁾. Se regulan subvenciones dirigidas a los trabajadores autónomos en alta y a las empresas de menos de 50 trabajadores, siempre que se hayan constituido en los últimos seis años (lo que se adapta más a la noción de emprendedores que el propio contrato antes analizado) con el objeto de colaborar en el abono de sus cuotas respecto a los trabajadores desempleados contratados o a quienes les haya sido prorrogado un contrato ya celebrado en el ejercicio en curso (a tiempo completo o parcial de duración superior al 75% de la jornada)⁽³³⁾. El importe de la subvención varía de acuerdo a una escala según la duración del contrato desde 80 (cuando el contrato o prórroga de tres o cuatro meses) hasta 160 euros mensuales (cuando el contrato o prórroga desea superior a seis meses). Se añaden otras dos limitaciones: el derecho sólo se podrá disfrutar causado por 5 trabajadores y por un máximo de 18 meses.

De acuerdo con estos elementos se puede concluir que esta normativa más que fomentar la contratación indefinida, más bien promueve la temporal. No obstante, también puede ser empleado en relación a los contratos indefinidos de apoyo a emprendedores, dado que su regulación permite la compatibilidad de sus bonificaciones con cualquier otra ayuda hasta el 100% del importe de la cotización empresarial. Además, las condiciones de acceso a las bonificaciones para las empresas de reciente creación son mucho más relajadas que las establecidas directamente por dicho contrato, como a continuación se analizará. De este modo, seguramente las empresas con estas circunstancias solicitarán las subvenciones, que sí cumplen el objetivo de facilitar la contratación a través del abaratamiento de los costes sociales, lo que no consigue las bonificaciones directas.

3. LOS INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN DE COLECTIVOS ESPECIALMENTE SENSIBLES

3.1. Los trabajadores jóvenes: la protección hasta los 30 años

El desempleo juvenil es uno de los grandes problemas planteados por la crisis laboral. De acuerdo con su alta tasa de desempleo parece lógico que la regulación laboral establezca

(32) BOCAM núm. 271, de 13 de noviembre. Esta normativa también será aplicable a la contratación de los años siguientes, aunque el importe concreto de las subvenciones se determinará para cada ejercicio.

(33) Sólo se exige estar al corriente de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social, así como tener domicilio social y fiscal en la Comunidad de Madrid.

incentivos para su contratación⁽³⁴⁾. Así, se establecen medidas fiscales y laborales que benefician a las empresas que contratan bajo la modalidad de apoyo a emprendedores a jóvenes menores de 30 años. También se reconocen beneficios para los autónomos más jóvenes con ánimo de promocionar la actividad por cuenta propia como vía de empleo de estos sujetos.

Desde la Unión Europea se pone especial énfasis en la necesidad de aumentar las capacidades, sobre todo de quienes tienen menor cualificación y que, por tanto, corren riesgo de exclusión económica y social⁽³⁵⁾. La Estrategia Española de Empleo 2012-2014 determina en concreto la necesidad de establecer medidas activas dirigidas a los jóvenes que carezcan de formación. En este sentido, destaca especialmente la nueva regulación del contrato de formación y aprendizaje que será estudiado desde el punto de vista de las ventajas que se le ofrecen a la empresa a los efectos de promoción de su inserción en el mercado laboral. Este panorama se cierra con las medidas incluidas en la ya mencionada Ley 11/2013 que se inserta en la nueva Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven (2013-2016). En esta normativa, se han creado nuevas figuras contractuales (contratos de duración determinada causados por la falta de experiencia o el contrato formativo parcial), pero también se ha tratado de incentivar el contrato en prácticas, que había sido olvidado por las últimas reformas.

a) Los incentivos fiscales y laborales del contrato de apoyo a los emprendedores: una ocasión desaprovechada de fomentar el trabajo de los más jóvenes

Cuando se contrate a un trabajador menor de 30 años mediante el contrato de apoyo a los emprendedores, y siempre que el contrato sea el primero que realiza el empleador (el primero de todos, incluidas todas las modalidades)⁽³⁶⁾, podrá deducirse de la cuota del impuesto 3000 euros. De hecho, como el límite de la edad debe cumplirse el día de la celebración del contrato, puede disfrutarse de este beneficio hasta los 33 años, menos un día⁽³⁷⁾.

La legislación laboral impone ciertas reglas para disfrutar de la deducción⁽³⁸⁾. Se realizará en la cuota íntegra del período impositivo después de la finalización del período de

(34) No obstante, los datos estadísticos muestran que la mayoría de los contratos indefinidos se realizan a trabajadores entre 25 y 44 años (en octubre de 2012 han sido 84.347), siendo menor la contratación en esta modalidad para los menores de 25 años (15.883) y mayores de 45 años (30.402). FUENTE: SEPE, MESS.

(35) Informe conjunto de situación 2008 del Consejo y de la Comisión sobre la ejecución del programa de trabajo "Educación y Formación 2010".

(36) Podrá tratarse de una entidad empresarial de nueva creación o de una empresa que ya funcionaba, encabezada seguramente por un trabajador autónomo, que realiza su primer contrato. Vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. /LUCAS DURÁN, M., "El nuevo contrato por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores: régimen sustantivo, incentivos fiscales y bonificaciones en las cuotas de seguridad social" en *Actum Social*, núm. 61/2012.

(37) TOSCANI GIMÉNEZ, D., "El fomento de la contratación indefinida: el nuevo contrato para emprendedores", op. cit., pág. 23.

(38) De hecho, se aplican tanto a los incentivos fiscales como a los laborales, los límites impuestos por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE núm. 312, de 30 de diciembre), tales como las limitaciones por parentesco con el empresario, la anterior vinculación con la empresa, entre otras.

prueba de un año. Es deducible en el impuesto de sociedades⁽³⁹⁾, y por aplicación analógica en el IRPF⁽⁴⁰⁾. Además, se exige como requisito que en el momento de la contratación se incremente la tasa media de empleo en el último año y que con posterioridad se mantenga al trabajador en el puesto de trabajo durante tres años.

Una de las cuestiones que debe plantearse es la virtualidad real de esta deducción. Es lógico pensar que el primer año de vida de una empresa seguramente no conseguirá beneficios por lo cual en el supuesto de que sólo se pueda deducir de la cuota en el mismo ejercicio fiscal, en muchas ocasiones será imposible de utilizar. No obstante, se pueden plantear otras interpretaciones a falta de desarrollo normativo. Así, puede plantearse que sea posible practicarse dicha deducción en los siguientes diez años, cuando la empresa ya tenga beneficios, aplicando analógicamente el tenor del artículo 44 de la Ley del Impuesto de Sociedades. La otra posibilidad sería que, aunque la cuota resultante sea negativa, se permita abonarla al empresario, incluso permitiendo el cobro anticipado⁽⁴¹⁾. La segunda teoría impondría importantes interrogantes a la hora del cumplimiento del requisito de mantenimiento del empleo del trabajador que provoca el beneficio (se deduciría cuando ya se conociera si se ha mantenido el puesto de trabajo). Parece que lo más razonable es que se reconozca la posibilidad de recibir la deducción, con independencia de que la empresa tenga o no beneficios donde deducir el incentivo. Sólo así se cumplirá el verdadero objetivo de este beneficio: el fomento de la contratación entre los emprendedores.

En otro orden de cosas, desde una primera aproximación se puede deducir que el otro requisito; el incremento de la tasa de empleo, en general, no es una condición en exceso exigente⁽⁴²⁾, no obstante, impedirá su disfrute a las empresas que hayan realizado despidos objetivos o improcedentes en los últimos meses. No obstante, mayor exigencia se deduce de la necesidad de mantener el puesto del trabajador, objeto de la bonificación, durante tres años, una condición *ad futurem*. Si bien es verdad que realmente cuando se practique la deducción, habrá transcurrido al menos un año desde la contratación, todavía quedarán dos años más para cumplir la condición⁽⁴³⁾.

Si la empresa valora el riesgo que supone comprometerse a mantener un puesto de trabajo, piénsese sobre todo en empresas pequeñas, durante un tiempo demasiado largo (3

(39) Se regula en el artículo 43 (Deducciones por creación de empleo) del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 61, de 11 de marzo).

(40) Artículo 68.2. de la Ley 35/2006 de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE núm. 285, de 29 de noviembre), que señala que los contribuyentes del IRPF que ejerzan actividades económicas les serán de aplicación los incentivos y estímulos a la inversión empresarial establecidos en la normativa del impuesto sobre sociedades con igualdad de porcentajes y estímulos.

(41) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. /LUCAS DURÁN, M., “El nuevo contrato por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores: régimen sustantivo, incentivos fiscales y bonificaciones en las cuotas de seguridad social”, op. cit.

(42) En todo caso, no se entiende incumplida la obligación de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o despido disciplinario, cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.

(43) En el modelo de contratación hay que indicar desde el principio si la empresa pretende aplicar el incentivo fiscal. Sin embargo, hay razones para entender que aunque en este momento se demanda el posicionamiento de la empresa al respecto, si no la lleva a la práctica con posterioridad, no tendrá ningún efecto.

años), es posible que no se arriesgue a disfrutar del incentivo. No hay que perder de vista que la sanción de deducirse y luego incumplir con el requisito significa no sólo devolver lo indebidamente incentivado, sino asimismo hacerlo con intereses de demora. De acuerdo con estas circunstancias, habrá que afirmar que es esperable que las empresas no utilicen este beneficio (todavía no ha transcurrido el tiempo suficiente para que se abra esta posibilidad), puesto que a priori no podrán garantizar el cumplimiento futuro del sostenimiento del puesto de trabajo del que ahora contrata por un largo período, teniendo en cuenta la situación financiera que presentan muchas empresas en este momento.

Fuera de estas dificultades intrínsecas al beneficio hay que poner en evidencia que el principal objetivo verdadero de esta incentivación no son los jóvenes menores de 30 años, sino la protección de las PYMES, dado que además se regulan otros incentivos fiscales para las empresas de menos de 50 trabajadores, cuando contraten a un desempleado, sin límite de edad, beneficiario de una prestación contributiva desempleo durante al menos 3 meses. Como el importe de este incentivo es una deducción fiscal de 50% de la cuantía del subsidio que aún esté pendiente de recibir por el contratado en el momento la contratación o como máximo de 12 mensualidades (habrá que optar por la cantidad menor), a la empresa le interesará contratar a un desempleado con cargas familiares que perciba el 225% del IPREM (tope de la prestación en el supuesto de tener más de dos hijos a cargo) que le quede al menos 12 meses de prestación por consumir⁽⁴⁴⁾.

Junto a los incentivos fiscales, en esta modalidad contractual se han regulado bonificaciones laborales. Se concede con el ánimo de promocionar la contratación de los trabajadores, menores de 30 años. No se demanda ninguna condición en relación a la duración de un desempleo previo, sino que es suficiente con que el contratado esté inscrito como demandante de empleo. De este modo, no se trata de una medida que fomente la reducción del desempleo juvenil de forma directa, ya que un sujeto que esté desarrollando una prestación de servicios, podrá ser contratado bajo esta modalidad con la única condición de inscribirse un día como demandante de empleo.

El incentivo es de 1.000 € (primer año), 1.100 € (segundo año) y 1.200 € (tercer año). En el supuesto de que la contratada sea una mujer se aumentará en 100 euros al año. Las mejoras destinadas a las mujeres no son generalizadas, sino que los incrementos quedan condicionados a que el colectivo de mujeres estén infrarrepresentadas en el sector donde

(44) En este caso, también se regulan beneficios directos para el trabajador: puede compatibilizar su salario con el 25% de la prestación de desempleo pendiente, si así lo estima conveniente. Se entiende que el consumo del subsidio corresponde al 25% al día, de forma que para consumir un día entero de prestación es preciso percibir durante cuatro días el complemento. Este derecho parece que tiene como objeto luchar contra la inercia a seguir desempleado a los efectos de cobrar toda la prestación, lo cual se entiende criticable por dos motivos: por un lado, se debe evitar regular desde la visión del fraude generalizado (no hay que olvidar que el desempleado se obliga a través de su compromiso de actividad a aceptar ocupación adecuada) y, por otra, los trabajadores pueden consumir el total de su prestación y no generar otra con su nuevo trabajo antes de sufrir una nueva extinción contractual con lo que es posible que queden en el futuro desprotegidos. Con autonomía de estas cuestiones, también hay que plantearse si es posible deducir del salario la cuantía percibida por el trabajador en concepto de prestación por desempleo, lo cual tendría importantes implicaciones positivas para el empresario. Vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. /LUCAS DURÁN, M., “El nuevo contrato por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores: régimen sustantivo, incentivos fiscales y bonificaciones en las cuotas de seguridad social”, op. cit. Parece que esta opción no es posible, dado que en la regulación elegida se establece como un beneficio a favor del trabajador a los efectos de animarle a la aceptación del puesto de trabajo.

se va a prestar los servicios. Hay razones para entender que en este caso prima más la intención de promover la contratación de los jóvenes con independencia de su sexo.

No determina la norma nada más sobre estos grupos de mujeres especialmente sensibles. Como no existe desarrollo, habrá que entender que hay que emplear por analogía la Orden de 16 de septiembre de 1998 que incluye como contrataciones especialmente subvencionadas aquellas que se realicen con mujeres en profesiones en las que estén menos representadas⁽⁴⁵⁾. En todo caso, parece que habrá que concluir que si trabajan en algunos de los sectores donde no se considera al colectivo como infrarrepresentado, sobre todo teniendo en cuenta los años transcurridos desde la entrada en vigor de la norma antes mencionada, se podrá disfrutar del beneficio si se demuestra ante la entidad competente esta situación, en la misma línea que se admite para la contratación de extranjeros en puesto de trabajo no incluidos dentro del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, esto es, a través de la acreditación de dicha situación que deberá certificar el Servicio Público de Empleo.

Con independencia de estas cuestiones, lo que hace ineficaz a este incentivo son los requisitos que le acompañan en idéntica dirección a lo señalado ya para los beneficios fiscales: el mantenimiento del empleo del trabajador bonificado durante tres años y la sostenibilidad del nivel de empleo durante un año⁽⁴⁶⁾. Si complicado se considera arriesgarse a incentivarse fiscalmente, más todavía se podrá predicar de la bonificación de las cuotas que no sólo demanda el incremento de la tasa media de empleo de la empresa en el momento de contratar, sino el mantenimiento del número de contratos alcanzados durante el año siguiente y, asimismo, exige la decisión de beneficiarse en el momento de la celebración del contrato, con lo cual aún quedan completos los tres años que se debe sostener al trabajador en su puesto (frente a los dos que faltan cuando se aplica la deducción en el impuesto de sociedades).

En definitiva, dado los elementos de cierre de la incentivación fiscal y laboral, habrá que concluir que el contrato de apoyo al emprendedor no consigue su objetivo de fomento de la contratación de jóvenes en cuanto a que las empresas no van a arriesgarse a su utilización, sino que sólo lo emplearán en su propio beneficio con el objeto de aprovechar el largo período de prueba que lo convierte en una modalidad temporal sin causa, tal y como se señaló en el epígrafe correspondiente. Con lo cual esta tipología no sólo desprotege al trabajador, sino que tampoco aporta incentivos económicos para el empresario a los efectos de incrementar la contratación de jóvenes en desempleo.

Por otro lado, asimismo hay que dejar constancias de que la atención de los colectivos incluidos en la protección (en concreto, los menores de 30 años y los mayores de 45 años, que se analizarán con posterioridad) no es la prioridad de los incentivos, dado que sólo

(45) Esta Orden entiende que las mujeres están en todos los sectores subrepresentadas, excepto en las que listada, como por ejemplo casi todo el sector sanitario, todos los profesores no universitarios, profesiones jurídicas, agentes de viajes, secretarías, decoradoras, azafatas, modelos, dependientes, las operadoras de ciertos sectores de la industria, administrativas, sectores limpieza, entre otras.

(46) En este caso, además de los supuestos en los que no se considera incumplido el requisito del sostenimiento del contrato que se señala para el incentivo fiscal, se incluye también la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio del contrato.

serán atendidos en cuanto a la tipología de las empresas que los contraten y, además, se añaden otros beneficios generales para desempleados en general. En definitiva, la política de incentivación de las contrataciones han modificado sus objetivos principales, centrándose en el tipo de organización y dejando un protagonismo secundario a los colectivos de trabajadores sensibles⁽⁴⁷⁾.

b) *La contratación indefinida en las MICROPYMES*

De forma transitoria (hasta que la tasa de desempleo sea inferior al 15%), se facilita la contratación indefinida de empleados mediante una reducción del 100% de las cuotas empresariales de la Seguridad Social por contingencias comunes, cuando el contratista sea un trabajador autónomo o una MICROPYME. En primer lugar, hay que señalar que, como se puede observar, la ventaja económica que recibe la empresa es superior a la regulada para el contrato de emprendedores. Además, sus exigencias son más exiguas: el mantenimiento del empleado en su puesto de trabajo deberá ser de 18 meses (frente a los 3 años demandados en la modalidad de emprendedores) y del nivel de empleo de 1 año. En general, se protegen en mayor medida a las MICROPYMES que contraten menores de 30 años (empresas de menos de 9 trabajadores) que a las PYMES (empresas de menos de 50 trabajadores). No obstante, los beneficios únicamente tendrán una duración total de 12 meses (frente a los 3 años del contrato de emprendedores).

En todo caso, con independencia de la posible inaplicación de la nueva tipología de contrato, debido a los requisitos exigidos a las empresas, hay que poner en evidencia que a cada un sólo se le permite celebrar un contrato de esta modalidad (o varios que en total duren 12 meses), de forma que el disfrute de sus posibles beneficios no va a tener gran implicación en su organización. En definitiva, se entiende positiva la protección de este tipo de empresas con especiales circunstancias, pero parece que en la práctica no se alcanzarán grandes consecuencias con el modelo regulado. En todo caso, habrá que esperar que en las próximas regulaciones se vuelva a incidir en esta línea de atención que se abierto hacia las MICROPYMES como entidades con especiales circunstancias más allá de las condiciones de las PYMES.

c) *El contrato de formación y aprendizaje como opción especialmente ventajosa para la contratación de jóvenes no cualificados*

Los contratos formativos dirigidos a trabajadores no cualificados han sido los que más reformas han sufrido en los últimos tiempos. Si ya fue modificado en la Ley 35/2010, con posterioridad el RD-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo en los jóvenes, el fomento de la estabilidad del empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo⁽⁴⁸⁾, lo ha sustituido por otro con una nueva denominación: «*contrato para la*

(47) En este sentido, Vid. PÉREZ DEL PRADO, D., “Modificaciones al régimen de incentivos a la contratación” en AAVV, *La regulación del Mercado Laboral*, Lex Nova, 2012. pág. 193.

(48) BOE núm. 208, de 30 agosto.

formación y aprendizaje»⁽⁴⁹⁾, que a la vez ha sido revisado por el Real Decreto-ley 3/2012 y la Ley 3/2012⁽⁵⁰⁾, y desarrollado reglamentariamente a través del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual⁽⁵¹⁾. Igualmente, se han introducido pequeñas puntualizaciones en la Ley 11/2013⁽⁵²⁾.

Este contrato se inserta dentro de la modalidad de formación en alternancia, es decir, su fin consiste en combinación entre actividad laboral retribuida y formativa que debe recibirse en el marco del sistema de formación para el empleo o el sistema educativo. De esta forma, el elemento fundamental y distintivo de este contrato es la formación⁽⁵³⁾. Se busca aportar al trabajador conocimientos adecuados para facilitar la práctica profesional futura, que hasta ahora no ha podido conseguir fuera del mercado de trabajo⁽⁵⁴⁾.

Se trata de una modalidad para incentivar la contratación de jóvenes de 16 a 25 años (hasta 30 transitoriamente hasta que la tasa de desempleo se reduzca hasta un 15%), que no tengan una formación suficiente para insertarse en el mercado laboral. Con él se ofrece a estos trabajadores un modo de entrar en el mundo del trabajo, en un momento con especiales dificultades de inserción, y a cambio el empresario, que soporta pasivamente la formación del trabajador, obtiene importantes ventajas salariales y de reducción de costes sociales.

(49) Parece que con esta denominación, que combina los dos nombres históricos de esta modalidad contractual, se ha querido romper con la anterior regulación que establecía una protección inferior de estos trabajadores frente al resto. Vid. MORENO GENÉ, J., “Contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia” en *Temas Laborales*, núm. 116/2012. pág. 38.

(50) El Real Decreto ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012) introdujo las modificaciones de la reforma de 2012 que posteriormente fueron recogidas por la Ley 3/2012. En algunos asuntos, la primera redacción difiere de la segunda, de forma que durante unos meses se aplicaron ciertos matices que no se han consolidado definitivamente.

(51) BOE núm. 270, de 9 de noviembre.

(52) La novedad principal ha sido permitir que las Empresas de Trabajo Temporal puedan formalizar contratos de aprendizaje con trabajadores para luego cederlos a empresas usuarias. Se especifican las implicaciones de estas relaciones en el ámbito de la formación del joven. Así, será una obligación propia de la empresa principal, la cual podrá asumir su impartición directa. No obstante, en la empresa usuaria deberá nombrarse un tutor que será el interlocutor con la ETT y supervisará el desarrollo de la actividad laboral (de nuevo, se vuelve a separar la formación teórica de la práctica). Puede ser una buena opción legislativa de creación de empleo, ya que las empresas podrán beneficiarse del menor coste social de los empleados, pero sin asumir a cambio los problemas que, en ocasiones, surgen en la puesta en práctica de la formación, que suele ser el elemento que señalan como impedimento para el empleo de esta modalidad contractual. No obstante, el desarrollo de la actividad laboral en diferentes empresas, puede ser una desventaja a la hora de adquirir la formación para el trabajador.

(53) VILA TIERNO, F., *El contrato para la formación en el trabajo*, Thomson-Aranzadi, 2008, págs. 126 y ss y MERCADER UGUINA, J., R., “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo: el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto y los ajustes al mismo por el Real Decreto- ley 14/2011, de 16 de septiembre” en *Relaciones Laborales* núm. 2/2012. págs. 67 y 68. En el mismo sentido, se ha pronunciado la STC 136/1987, de 22 de julio.

(54) Así su finalidad será «trabajar y aprender a trabajar». Vid. RABANAL CARBAJO, P., *Los contratos de trabajo formativos*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 58.

c.1) La formación como elemento consustancial del contrato

Las acciones formativas pueden desarrollarse de forma muy variada de modo que las distintas alternativas que se ofrecen al empresario, no van a ser suficientes para desincentivar la utilización de este contrato que tiene anexas importantes ventajas. La formación emprendida debe tener una vinculación clara con la actividad laboral desarrollada, sin embargo, la norma aplicable no determina los límites precisos de esta relación. Parece que no deben ser necesariamente dos facetas totalmente coincidentes, sino que basta con cierta conexión.

Así, puede optarse por desarrollar la formación en centros de la red de la formación profesional para el empleo, previamente reconocidos como tales, a tenor de la Ley Orgánica de Cualificaciones y de la Formación Profesional. Esta opción viene apoyada por la facilitación de su financiación a través de diversos mecanismos que pueden aprovechar los empresarios para ahorrarse costes en esta materia, entre otros las bonificaciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social a cargo del presupuesto de bonificaciones a la formación. Pero, asimismo podrá impartirse por la empresa, cuando ésta disponga de instalaciones y personal adecuado, así como de las autorizaciones pertinentes⁽⁵⁵⁾, complementándolas, si se estima necesario, con otras acciones realizadas en dichos centros de la red.

Por otra parte, se puede optar por la formación incluida en el ámbito del sistema educativo. Tradicionalmente cuando el trabajador contratado no la hubiese cursado con anterioridad, se establecía como primer objetivo de esta fase teórica la finalización de la Educación Secundaria Obligatoria, sin que fuese posible aprovechar otras acciones hasta que se finalizase dichos estudios. Esta opción legislativa parece adecuada. Si bien es verdad que adquirir los conocimientos básicos es fundamental en la educación de los ciudadanos, seguramente a un joven sin formación le va a ser de mayor utilidad en su vida laboral futura la adquisición de competencias profesionales que pueda poner en práctica en su actividad laboral, incrementando sus posibilidades de empleabilidad. Pero, existe una nueva opción formativa dentro del nivel educativo: desde la Ley 3/2012 también es posible su desarrollo a través de la asistencia a cursos de formación profesional, que va a resultar una de las posibilidades más atractivas a los efectos de adquirir una titulación.

Como la formación es un elemento esencial en la naturaleza del contrato, es adecuado que se demande una duración mínima a los efectos de cumplir con el objetivo fundamental de esta modalidad contractual. Desde la reforma 2012 la duración mínima en relación con el trabajo efectivo debe ser el primer año de al menos un 25% y en los dos siguientes de un 15%. De esta forma, parece que se termina con la posibilidad de acumular todo el tiempo obligatorio de formación en un solo período como se reconocía en algunos convenios colectivos. Hay que valorar positivamente esta opción legislativa, dado que se garantiza su inicio durante el primer año, fomentando su puesta en práctica en la actividad laboral

(55) En todo caso, el artículo 18 de Real Decreto 1529/2012 exige en estos supuestos que la empresa disponga de las instalaciones adecuadas y personal con formación técnica y didáctica adecuada a los efectos de la acreditación de la competencia o cualificación profesional. Además, se le demanda la autorización para ofertar la formación de ciclos formativos y/o acreditada como centro para impartir la formación dirigida a la obtención de certificados de profesionalidad de acuerdo con la normativa de aplicación.

lo antes posible y la adquisición de las competencias básicas del puesto en los supuestos de contratos de corta duración (un año o seis meses vía negociación colectiva).

En cualquier caso, señala el reglamento de desarrollo, la duración del contrato está supeditada a la necesaria para la obtención del título académico de formación profesional, del certificado de profesionalidad o de la certificación académica o acreditación parcial acumulable, respetando la duración de la formación asociada a los módulos profesionales que constituyen las enseñanzas de los títulos en la norma que desarrolla el currículo correspondiente o la duración de los módulos formativos de profesionalidad que se determinen en las correspondientes normativas. Con esta regla se asegura la obtención de una certificación que sea válido y aprovechable para el futuro profesional del trabajador. Desde aquí se defiende la necesidad de que la duración del contrato siempre esté delimitada por las necesidades de la formación más que por reglas de aplicación generalizada⁽⁵⁶⁾.

En definitiva, el empresario no tiene que soportar las acciones formativas, sino que serán los centros de referencia o la administración educativa quienes asuman estos deberes. Dicho en otras palabras, la obligación empresarial será meramente pasiva, esto es, su deber se limitará a garantizar las condiciones que permitan su asistencia a los programas formativos, a asegurar la relación directa entre el contenido de las acciones formativas y el puesto de trabajo desarrollado, así como a tutorizar la formación vinculada al contrato⁽⁵⁷⁾.

A esto hay que añadir que aunque el trabajador asista a la formación en horario laboral, no es obligatorio remunerar estos períodos, esto es, no se asimila a trabajo efectivo. El importe de su salario está limitado por el SMI, pero sólo teniendo en cuenta los tiempos de trabajo y no los de desarrollo de las acciones formativas. De este modo, en el supuesto que el empresario no asuma la obligación formativa directamente, esta modalidad contractual puede ser contemplada por la empresa como un trabajo a tiempo parcial con una remuneración barata⁽⁵⁸⁾.

c.2) La reducción de las cuotas: la eliminación de los costes sociales

Realmente el mayor incentivo empresarial en este ámbito es la regulación de importantes reducciones de cuotas anexas a la relación laboral. Así, respecto a los contratos celebra-

(56) Además, la Ley 35/2010 en su DA 2ª señala que el gobierno debe establecer procedimientos que flexibilicen y faciliten a los empresarios el cumplimiento de su deber de formación teórica en estos contratos, sobre todo a las empresas de menos de 50 trabajadores y la DA del RD 1529/2012 reconoce la necesidad de adaptación reglamentaria de los requisitos para la acreditación de empresas de menos de cinco trabajadores. Con esta declaración de nuevo se incide en el fomento de la contratación mediante incentivos dirigidos a las empresas más pequeñas como organizaciones con mayores dificultades de gestión.

(57) En el Reglamento se añade como obligación empresarial la firma de un acuerdo con el centro de formación u órganos designado por la Administración educativa o laboral que imparta la formación y con la persona trabajadora, donde se determinen los distintos elementos de la actividad formativa (centro formativo, tutores, título o certificación cursada, modalidad de impartición y de desarrollo, contenido del programa, calendario y criterios de conciliación de las vacaciones).

(58) En idéntica línea, MORENO GENÉ, J., “Contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia”, op. cit. pág. 56.

dos desde la entrada en vigor de la Ley 3/2012 la empresa tendrá derecho durante toda su vigencia (incluidas sus prorrogas) a la reducción de las cuotas en un 100% tanto por contingencias comunes, como por profesionales, FOGASA, formación profesional y desempleo⁽⁵⁹⁾, o en su 75% cuando se trata de empresas con plantillas de más de 250 trabajadores⁽⁶⁰⁾. Igualmente se reconoce idéntico beneficio para el trabajador de un 100% con independencia de cualquier otro elemento.

El único requisito que se establece es que el trabajador contratado sea desempleado⁽⁶¹⁾. Como no se determina que deba serlo cuando lleve cierto tiempo en esta situación, será suficiente con que este desempleado en el momento de la contratación, lo cual se cumplirá simplemente con estar un día inscrito como desempleados. De modo que se busca promocionar la contratación de los jóvenes en general, sin valorar si previamente tienen otro trabajo.

A estas ventajas se une la posibilidad de que terminado el contrato, si la empresa considera que el trabajador debe continuar trabajando para ella puede optar por dos posibilidades: volver a celebrar otro contrato con otra línea de formación o transformar su contrato en indefinido con importantes reducciones de cuota.

La Ley 3/2012 renueva la redacción del artículo 11.2. ET incluyendo la siguiente redacción: terminada la duración del contrato, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa, salvo que la formación inherente al nuevo contrato tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional. De este modo, a sensu contrario, se podrá afirmar que la misma empresa sí podrá contratar, cuando el contrato esté anejo a otra formación distinta.

Resulta inaceptable que siendo la cualificación del trabajador lo que determina la frontera entre el contrato en prácticas y el contrato para la formación y aprendizaje⁽⁶²⁾, no sólo no se sea determinante para volver a celebrar un nuevo contrato para la formación y aprendizaje, sino que además se permita que lo lleve a cabo la misma empresa. Así, bastará con que el trabajador se vuelva a inscribir como desempleado para que se vuelva a

(59) Además, hay que destacar que de nuevo se busca la promoción de las empresas con menor plantilla, aunque en esta ocasión se haya establecido como límite un número esencialmente superior, doscientos cincuenta, al elegido de forma general para determinar una especial atención normativa (menos de cincuenta trabajadores).

(60) Se excluye de este beneficio a las contrataciones realizadas en el marco de los proyectos de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo.

(61) Ni siquiera se establece referencia normativa a la limitación del número máximo de contratos de esta modalidad que puede celebrar una empresa, que era el freno más importante a la contratación por esta vía a los jóvenes sin cualificación. En esta dirección, MERCADER UGUINA, J., R., “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo: el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto y los ajustes al mismo por el Real Decreto- ley 14/2011, de 16 de septiembre”, op. cit. pág. 72. Incluso parece que esta posibilidad no puede ejercerse ni siquiera por la vía de la negociación colectiva. MORENO GENÉ, J., “Contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia”, op. cit. pág. 53.

(62) En todo caso, se admite en la práctica que un trabajador con cualificación profesional requerida para ser contratado bajo la modalidad del contrato de prácticas, lo sea bajo el contrato de formación y aprendizaje, cuando el objeto del puesto de trabajo sea otra cualificación distinta. Vid. MORENO GENÉ, J., “Contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia”, op. cit. pág. 49.

disfrutar de la reducción de las cuotas de la Seguridad Social por la nueva contratación y durante toda su vigencia.

A la finalización de contrato para la formación y el aprendizaje, de su duración inicial o de sus prórrogas, si la empresa decide la transformación en un contrato indefinido podrá disfrutar de un derecho a la reducción en la cuota de 1500 € anuales (1800 € en el supuesto de trabajadoras) durante 3 años.

En definitiva, todas serán ventajas en el ámbito de los costes sociales de los contratos para la formación y el aprendizaje para la empresa, de forma que, en cierto modo, se puede mantener que realmente además de la promoción de la contratación de los más jóvenes sin cualificación, también se busca ofrecer a las empresas mano de obra barato con el fin de buscar la viabilidad económica de sus empresas. Habrá que deducir, entonces, que la finalidad de la contratación se centra más en la idea de inserción de los jóvenes que en la adquisición de la formación⁽⁶³⁾, lo cual es criticable de forma general, pero en momentos con una alta tasa de desempleo entre los jóvenes sin cualificación puede incluso tolerarse.

d) *La contratación anexa a la falta de experiencia:
el contrato formativo parcial y el contrato temporal sin causa*

La falta de experiencia, es decir, el fomento de la primera inserción en el mercado de trabajo, se ha regulado en la Ley 11/2013 como objetivo prioritario en el ámbito de contratación de los jóvenes en la misma línea que el contrato de aprendizaje. Con este fin, se han creado dos nuevas modalidades contractuales igualmente de forma transitoria dependiendo de la tasa de desempleo, dirigidas a la contratación de jóvenes menores de 30 años. Se ha regulado, por una parte, un contrato temporal, que añade una nueva causa a las ya reguladas por el artículo 15 ET; por otra, un contrato a tiempo parcial, cuyo objetivo añadido es la formación del trabajador. En ambos casos, se define la carencia de experiencia profesional como la no realización de actividad laboral o la desarrollada por un período inferior a 3 meses.

El nuevo contrato temporal tiene por causa la primera experiencia laboral, esto es, se busca la inserción en el mercado de trabajo de los jóvenes desempleados menores de 30 años. Su regulación se remite al contrato eventual del Estatuto de los Trabajadores, con ciertas especialidades en su duración (entre 3 y 6 meses, ampliable por convenio colectivo hasta 12 meses)⁽⁶⁴⁾, y en la jornada pactada (puede ser completa o a tiempo parcial superior al 75% de la jornada completa comparable). En definitiva, con esta nueva regulación cualquier empresa puede contratar de forma temporal a un joven sin experiencia sin alegar ninguno otro motivo. De forma que es posible la utilización libre de esta tipología de contratación, cuando no se precise a un trabajador con experiencia en el puesto, a los efectos de limitar su duración a 6 meses (o 12, si lo establece la negociación colectiva),

(63) MORENO GENÉ, J., “Contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia”, op. cit. pág. 77.

(64) Se prioriza la regulación por convenio sectorial, cuando el ET ha reglamentado la prioridad del convenio de empresa en el ámbito de las modalidades de contratación.

evitando la aplicación de la indemnización de la contratación indefinida (33 días por año) y la prueba de la necesidad (como en los contratos por obra y en los eventuales). Así, de nuevo el legislador parece haber apostado por la promoción de la contratación en general con independencia de su estabilidad en la misma dirección que con el período de prueba del contrato de emprendedores.

El nuevo contrato formativo a tiempo parcial, indefinido o temporal, puede celebrarse con un desempleado menor de 30 años (jornada siempre inferior al 50% de la jornada completa comparable), siempre que lleven inscrito como demandante de empleo durante 12 meses durante los 18 anteriores. En este caso, además de la posibilidad de acceso de los jóvenes sin experiencia profesional, también es posible la contratación de los que procedan de otro sector de actividad. Se entiende que esta matización debería haberse aplicado igualmente en el ámbito del anterior contrato definido, puesto que, en caso contrario, un sujeto que ha desempeñado una actividad laboral totalmente distinta a la que va a desarrollar, no podría ser contrato. Dicho en otras palabras, en la anterior modalidad contractual la causa viene marcada por el simple requisito de no haber estado en alta en la Seguridad Social (o por menos de 3 meses). Si el objetivo es la generación de empleo para los jóvenes sin experiencia, el hecho de valorar el desarrollo de una laboral ajena a la que podría desarrollarse en un nuevo contrato, limita la posibilidad de su reinserción laboral.

Al margen de estas cuestiones, en el contrato formativo a tiempo parcial, al mismo tiempo que la inserción o reinserción laboral de los jóvenes, en principio, se busca aportar formación. No obstante, del análisis de la regulación se concluye que este último fin es accesorio. Se posibilita el acceso a la contratación, o bien a través de la obligación empresarial de encargarse de ella, o bien cuando la haya realizado en los 6 meses anteriores. No obstante, en la primera opción ni siquiera es preciso que se trate de acciones formativas vinculadas al puesto de trabajo y puede remitirse a la ofrecida por entidades oficiales, a la promovida por el SEPE o, incluso, a cursos de idiomas o relativos a las TICs (mínimo 90 horas anuales), sin ninguna otra precisión.

Con esta definición de la formación precisa para formalizar el contrato, que puede ser previa, sin relación con el puesto de trabajo y sin ninguna oficialidad (cualquier curso de idioma o sobre TICs), hay que concluir que la verdadera causa de este nuevo modelo de contratación es la inserción de los jóvenes con independencia de otros elementos formativos. Por otra parte, el hecho de exigir que el tiempo de trabajo sea inferior al 50% de la jornada completa comparable, sugiere que se están regulando «micro-contratos», con salarios muy reducidos, que no aportaran formación adecuada y, seguramente, tampoco experiencia profesional. Hay razones para entender que el legislador entiende que la contratación en sí misma es suficiente, sin realizar ninguna otra valoración.

Desde el punto de vista empresarial, será adecuada su utilización si precisa de trabajadores para cubrir necesidades puntuales, sin dedicación exclusiva, sobre todo teniendo en cuenta que se permite la contratación por tiempo determinado. Además, para promocionar esta última modalidad contractual, tan poco ventajosa para el trabajador, se establecen beneficios empresariales como son la reducción de su cuota empresarial por contingencias comunes en un 100% (75% para las empresas de más de 250 trabajadores) durante 12 meses, prorrogables por otros 12 meses, con la única obligación de mantener el nivel de

empleo alcanzado con el contrato por un tiempo equivalente a su duración (o, al menos, 12 meses). En conclusión, si desde el punto de vista de la empresa puede ser interesante la utilización de esta modalidad de contratación, no se puede alegar lo mismo para el trabajador, que solamente conseguirá un puesto de trabajo sin ninguna otra consideración de estabilidad, formación o promoción.

e) *La reactivación del contrato en prácticas ante el incremento de la tasa de desempleo de jóvenes formados*

La Ley 11/2013 ha introducido algunas variaciones en el contrato en prácticas para hacerlo más atractivo a las empresas. En la reforma de 2010 se introdujeron pequeñas matizaciones en su regulación, sin gran importancia, y en la reforma de 2012 no se valoró como pieza clave del fomento del empleo. De hecho, el objetivo en este ámbito se fijó sobre la creación de empleo para los jóvenes sin formación. No obstante, la elevada cifra de desempleados con titulación, pero sin experiencia laboral, ha puesto en evidencia la necesidad de introducir algún tipo de ventaja contractual con el fin de conseguir la inserción en el mercado laboral de los jóvenes con estas características.

En el ámbito material del contrato, se ha ampliado la tipología de sujetos que pueden ser contratados. En primer lugar, si en general siempre se ha limitado su extensión a los recién titulados, exigiendo la terminación de los estudios, que dan lugar a la contratación, en los cinco años anteriores (o siete, en el supuesto de que el contratado sufra una discapacidad), ahora temporalmente (hasta que la tasa de desempleo sea inferior al 15%) se permite el acceso sin esta limitación a los jóvenes menores de 30 años. Es decir, pueden ser contratados, con independencia de cuando finalizaron su formación. Por otra parte, ahora se permite su subscripción vía certificado de profesionalidad adquirido a través de la formación recibida en el marco de un contrato de aprendizaje.

Si la primera matización se puede defender en el marco de una coyuntura económica donde existen numerosos jóvenes desempleados de larga duración, de modo que se les permita la inserción laboral cuando haya trascurrido un prolongado período de tiempo entre el momento de finalización de sus estudios y la contratación, no se puede aplicar igual conclusión respecto a la segunda modificación. No es admisible que un joven que haya adquirido la formación teórica y práctica a través de un contrato de aprendizaje pueda ser contratado de nuevo en base a los mismos conocimientos con el objeto de poner en práctica de nuevo su formación. En este supuesto el contrato pierde su causa (la puesta en práctica de la formación que ya adquirió mediante el contrato de aprendizaje), de forma que hay razones para sostener que la necesidad de incentivar el empleo entre los jóvenes no debe llevar hasta forzar los propios principios inspiradores de las modalidades contractuales.

Fuera del ámbito de los requisitos, se han regulado incentivos a la contratación. En la línea de la protección de la falta de experiencia, se han regulado bajo el título «*Incentivos a los contratos en prácticas para el primer empleo*», aunque este requisito no aparece posteriormente en el precepto como condición esencial para su acceso, sin que quede claro si se exige para su disfrute. Si se formalizan contratos con menores de 30 años, se reducirá el 50% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes durante

toda la vigencia del contrato⁽⁶⁵⁾. Al margen, se mantienen las ventajas para los discapacitados (reducción del 50%) y se reduce un 30% de la cuota en el supuesto de contratación de investigadores en formación. Por último, hay que volver a mencionar el beneficio anexo a la finalización del contrato, cuando se transforma en indefinido en empresa de menos de 50 trabajadores, puesto que se podrá obtener una bonificación anual de 500 (hombres) o 700 (mujeres) euros durante 3 años. Como no se indican otros condicionantes de mantenimiento del empleo, es posible que estas medidas descritas redunden realmente en la reducción del desempleo de los jóvenes formados, dado que si el empresario precisa contratar a un trabajador que no requiera experiencia, esta modalidad le permitirá un importante ahorro en sus costes sociales.

f) *La promoción del trabajo autónomo*

Aunque no se trata de un incentivo a la contratación por cuenta ajena, sí se regulan ciertas ventajas que fomentan la decisión de realizar una actividad laboral por cuenta propia a través de los beneficios dirigidos a aminorar las cuotas a abonar por los trabajadores autónomos a la Seguridad Social. En definitiva, se trata de fomentar la reducción de la tasa de empleo de los jóvenes a través del trabajo por cuenta ajena. De acuerdo con lo señalado, se va a examinar someramente algunos de los beneficios reglamentados.

Así, después de la modificación incluida en el RD ley 20/ 2012 se han mantenido ciertos incentivos dirigidos al colectivo de los más jóvenes. En concreto, a los sujetos incorporados como autónomos desde la publicación del Estatuto del Autónomo se les reconoce la reducción del 30% de la cuota aplicable a la base mínima en el RETA durante 15 meses, que se complementa con una bonificación en igual cuantía otros 15 meses (con un total de 30 meses de duración), siempre que se trate de menores de 30 (hombres) o 35 (mujeres) años⁽⁶⁶⁾.

En la misma línea, la Ley 11/2013 ha mantenido dichos incentivos y ha regulado otros alternativos. Asimismo, se puede acceder por el mismo lapso de tiempo: a una reducción del 80% (6 meses)⁽⁶⁷⁾, del 50% (6 meses siguientes), del 30% (6 meses siguientes) y a una bonificación del 30% (15 meses siguientes). En este caso, sólo se concederá el beneficio

(65) Incluso se puede ampliar la reducción hasta el 75% si se contrata a un joven que estuviese realizando prácticas no laborales de acuerdo con el RD 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas (BOE 18 de noviembre de 2011). Es decir, práctica a través de convenios entre la empresa y el Servicio Público de Empleo, que desarrollen desempleados entre 18 y 25 años con titulación y sin experiencia profesional, con una duración de 3 a 9 meses. Por tanto, la situación más ventajosa para la empresa es que el joven realiza primero unas prácticas no laborales (cuyos costes son ínfimos, teniendo en cuenta que la beca mínima fijada es de cuantía igual al 80% del IPREM mensual y cotización a la Seguridad Social de acuerdo con las reglas de los contratos de formación y aprendizaje y, con posterioridad, celebrar el contrato de prácticas, con las ventajas señaladas.

(66) Es interesante esta distinción entre trabajadores y trabajadoras autónomas, que extiende para las últimas la protección como jóvenes por cinco años más. No se recoge en ninguna otra normativa laboral en estos momentos. Puede ser que esta opción se base en la valoración de las circunstancias sociales en las que se desarrolla la maternidad. De este modo parece que habrá que extender el derecho más allá de este momento para promocionar que las mujeres desarrollen su propio trabajo una vez que hayan atendido directamente en los primeros momentos sus cargas familiares. En definitiva, se busca, por un lado, incentivar el trabajo de los más jóvenes y, por otro, la conciliación de la vida familiar y laboral.

(67) Esta reducción del 80% de la cuota corresponde a lo que se ha denominado «tarifa plana». Es decir, el pago de 50 euros en los primeros 6 meses de alta en el RETA.

en supuestos de nuevas altas en el RETA(o, al menos, cuando no se haya estado de alta en los últimos 5 años) y siempre que el trabajador autónomo no contrate trabajadores por cuenta ajena⁽⁶⁸⁾. En este último caso, perderá estos beneficios, pero podrá disfrutar de los expuestos anteriormente (reducción/bonificación del 30%) por el tiempo que le quede hasta alcanzar los 30 meses⁽⁶⁹⁾.

Como se puede observar, la última es una opción mucho más ventajosa que la primera, no obstante, sólo es aplicable a nuevas altas y, además, no permite la contratación de empleados. Esta opción legislativa es contraria al espíritu de la propia normativa en la que se regula. Este RD tiene como objetivo principal la creación de empleo, sobre todo entre los más jóvenes, no obstante, parece que con la regla mencionada se distorsiona tal fin. El trabajador autónomo evitará la contratación, incluso aunque lo precise, durante los primeros 15 meses, ya que, en caso contrario, perderá una parte importante de su ahorro en cotizaciones. Esta opción pierde aún más peso, cuando la misma norma ha regulado incentivos de contratación dirigidos a los trabajadores autónomos de menos de 30 años. Parece que, al contrario de la regulación recogida, no sólo debería haberse permitido el sostenimiento de las ventajas de reducción de cuotas de la Seguridad Social de forma simultánea, sino que incluso se debería haber fomentado directamente.

3.2. Los trabajadores maduros

Tradicionalmente han existido en la regulación laboral medidas de protección para los trabajadores más mayores con el objeto de evitar su salida definitiva del mercado de trabajo. Una de las cuestiones principales es la determinación de la edad a partir de la cual deben ser atendidos de acuerdo con las características laborales. Ya hace tiempo que la limitación se ha establecido en los 45 años. Desde este momento existen mayores probabilidades de sufrir dificultades de inserción en el trabajo en el supuesto de ser expulsado del mercado laboral y, consecuentemente, de sufrir una situación de desempleo de larga duración. Así, el fomento de su contratación, además de ser beneficioso para ellos, también ahorra costes al sistema de protección por desempleo.

El RD-ley 20/2012 ha terminado con la bonificación generalizada de los trabajadores mayores de 45 años que era uno de los pilares de la inserción y mantenimiento de estos empleados en el mercado laboral⁽⁷⁰⁾. Ahora sólo se incentiva su contratación a través de

(68) Hay razones para defender que la exigencia de nuevas altas se basa en evitar el fraude que consistiría en darse de baja en el régimen y volverse a dar de alta, únicamente para disfrutar de estos beneficios. Este requisito se ha incluido frecuentemente en la legislación con el objetivo mencionado, dando lugar a disfunciones tales como negar las reducciones o bonificaciones de las cuotas por haber estado de alta muchos años antes, de forma que era imposible que el sujeto tuviese ánimo defraudatorio. Es por esto que debe valorarse positivamente el hecho de que se permita la opción siempre que no se haya estado de alta en el RETA en los últimos 5 años, límite temporal suficiente para eliminar el efecto indeseado.

(69) De forma paralela también se incluyen ventajas para los jóvenes discapacitados, con las mismas condiciones, en este caso menores de 35 años con independencia de su sexo durante 5 años: reducción del 80% (12 meses), reducción del 50% (4 años siguientes), reducción del 30% (3 meses siguientes) y bonificación del 30% (15 meses siguientes).

(70) La Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y de empleo, reconocía bonificaciones de 1200 € anuales durante toda la vigencia de la relación laboral cuando se contrataba de forma indefinida a trabajadores mayores de 45 años.

los nuevos contratos de apoyo al emprendedor con condiciones en exceso exigentes que hacen ineficaces su aplicación. Además, también ha sido suprimida la atención especializada que se concedía a los trabajadores aún más maduros (los mayores de 60 años), como a continuación se pasa a examinar. Por último, hay que hacer una breve mención a un incentivo a la contratación de este colectivo recogido en la Ley 11/2013 en el supuesto de que un emprendedor de menos de 30 años contrate a un trabajador mayor de 45 años.

a) La bonificación de las cuotas a los trabajadores mayores de 45 años a través del contrato de apoyo a emprendedores

Se han regulado bonificaciones anexas a los contratos de apoyo a emprendedores dirigidas a los trabajadores mayores de 45 años en la misma línea que las ya descritas para los jóvenes. Tampoco en este caso se exige ningún requisito en relación a la duración de un desempleo previo, sino que es suficiente con que el contratado esté inscrito como demandante de empleo. En este supuesto se cumple aún más lo afirmado con anterioridad, no se busca la formalización de contratos con desempleados, lo contrario que en la versión del RD- ley 3/2012, donde se exigía un periodo mínimo como demandante de empleo para este colectivo concreto.

El incentivo concreto para los mayores de 45 años es una bonificación para los hombres de 1.300 € y para las mujeres de 1.500 € durante tres años. Igualmente que en el caso de los más jóvenes, dichas mejoras destinadas a las mujeres no son generalizadas, sino condicionadas a que el colectivo de mujeres estén infrarrepresentadas en el sector donde se va a prestar los servicios.

Se demandan idénticos requisitos que los analizados ya para los trabajadores más jóvenes, con lo que de nuevo habrá que concluir que sus objetivos serán difícilmente alcanzados. En este caso, todavía es más evidente el cambio sufrido por los mayores de 45 años, cuya contratación era promovida de forma general antes de la modificación introducida por el RD-ley 20/2012 y que ahora se ve reducida sólo en relación a los contratos ordinarios realizados después de su entrada en vigor, sólo para las empresas de menor de 50 trabajadores y bajo la modalidad de apoyo de emprendedores, con importantes exigencias que llevan a la inaplicación de los incentivos. En conclusión, se lleva a este colectivo al total desamparo.

b) La desaparición del incentivo de permanencia en el mercado laboral de los trabajadores mayores de 60 años

Como ya se ha mencionado, el RD - ley 20/2012 ha eliminado con ciertas excepciones las bonificaciones, pero no las reducciones de cuota. De acuerdo con esta calificación, el panorama de incentivos para la contratación de trabajadores maduros, fuera del contrato de apoyo a los emprendedores (para los mayores de 45 años), quedan casi eliminados. Así, como se trata de una reducción se mantiene el ahorro del 40% de la cuota empresarial, salvo incapacidad temporal, dirigida a los trabajadores de 59 años, que tengan una antigüedad, al menos de 4 años, en la empresa, promocionando su permanencia en el puesto de trabajo. Sin embargo, por tratarse de una bonificación se ha eliminado la que se reconocía para los trabajadores de 60 a 65 años del 50% de la misma cuota que iba aumentando un 10% anual hasta el 100% a los 65 años.

Llegada a la edad pensionable⁽⁷¹⁾, por tratarse de una exoneración, sí se mantiene el 100% de la cuota tanto para el empresario como para el trabajador por contingencias comunes (a excepción de la incapacidad temporal) siempre que se demuestre cierta cotización mínima⁽⁷²⁾.

Se debe interpretar seguramente como olvido el mantenimiento del beneficio para los trabajadores mayores de 59 años, mientras que han sido suprimidos respecto a los que tienen 60 años y más. Con esta regulación, además, más que la incentivación a contratar a estos trabajadores (se demanda cierta antigüedad para conceder el beneficio), parece que se busca el mantenimiento en su puesto de trabajo. No obstante, no hay razones de sentido común que apoyen este sostenimiento en relación a los empleados de 59 años por entender que su condición de edad puede favorecer la extinción de la relación laboral, y dejar de hacerlo en los siguientes años, cuando se agrava esta situación. Es posible que en las próximas normas laborales se incluya la derogación de esta reducción que ha perdido su fundamento al ser eliminada la bonificación dirigida a los trabajadores maduros⁽⁷³⁾.

c) La contratación indefinida por trabajadores autónomos jóvenes

La Ley 11/2013 ha regulado un incentivo especial a la contratación de trabajadores mayores de 45 años por trabajadores menores de 30 años. En esta modalidad se busca la protec-

(71) A partir del 1 de enero de 2013 ha entrado en vigor el artículo 2 de la Ley 27/2011, de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, por la que se exonera de dicha cotización a los trabajadores por cuenta ajena con contratos de trabajo de carácter indefinido (y socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas), así como los trabajadores autónomos, que alcancen la edad pensionable: En concreto en 2027: 67 años (con 37 años de cotización) o 65 años (con 38 años y 6 meses de cotización).

(72) También con el objeto de promover la continuación de la vida activa, se reconoce a los trabajadores más mayores la posibilidad de mantener parte de su actividad laboral, mientras se inicia gradualmente la jubilación, incentivando su continuación en el mercado laboral más allá de las edades medias de abandono actuales, a través de fórmulas flexibles compatibles con las condiciones físicas y psíquicas de los sujetos, a la vez que evitando la aplicación de los coeficientes reductores impuestos a la jubilación anticipada. Asimismo esta medida persigue el fomento de la actividad laboral entre los desempleados o los trabajadores temporales, cuando la normativa impone la celebración de un contrato de relevo con otro trabajador en situación de desempleo o que hubiese celebrado con la empresa un contrato de duración determinada, quien sustituirá al jubilado en la jornada que ha liberado por su decisión de jubilarse parcialmente (entre el 25 y el 75%). Esta opción es menos factible a partir de 2013, puesto que la Ley 27/2011 impone nuevas exigencias a los efectos de la cotización. Si hasta el momento la empresa tenía la obligación de cotizar de acuerdo con el porcentaje de jornada que sigue manteniendo el jubilado, desde la fecha señalada, se deberá cotizar, de acuerdo con un calendario progresivo de ampliación, por la base completa durante todo el tiempo que dure esta modalidad de jubilación. De esta forma, es fácil deducir que esta modalidad de protección del trabajo de los más mayores también sufrirá una reducción al encarecerse los costes sociales anejos a su mantenimiento en el mercado de trabajo.

(73) Sin embargo, su protección se mantiene en normas recientes: Por ejemplo, el RD 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 (BOE núm. 261, de 30 de octubre), introduce como colectivo objeto de preferencia en la permanencia en la empresa a valorar en el período de consultas de los expedientes de regulación de empleo a los trabajadores maduros. En la misma línea, el RD 1484/2012, de 29 de octubre, sobre aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años (BOE núm. 261, de 30 de octubre), trata de desincentivar la extinción de los contratos por causa objetivas de los empleados de más de 50 años, eliminando la obligación regulada en la norma cuando son recolocados en los siguientes seis meses.

ción de dos colectivos que precisan del amparo legislativo: los jóvenes y los maduros. Si la primera vez que el emprendedor contrata a un trabajador por cuenta ajena, éste es mayor de 45 años y lleva 12 meses en el desempleo en los 18 meses anteriores o es beneficiario de un programa de recualificación profesional dirigidos a las personas que agotan su protección por desempleo, podrá disfrutar de una reducción del 100% de su cuota empresarial de la Seguridad Social por contingencias comunes durante 12 meses⁽⁷⁴⁾. La contratación deberá realizarse de forma indefinida a tiempo completo o parcial.

No obstante, como ya acostumbra el legislador, se imponen ciertos requisitos que llevan a la infrautilización de estas ventajas anejas a la contratación. Se demanda el sostenimiento del nivel de empleo durante 18 meses a contar desde el principio de la relación laboral. No obstante, no se penalizará en el supuesto de extinción por causa no imputable al empresario o resolución durante el período de prueba. De forma, que seguramente quien por primera vez contrata un trabajador por cuenta ajena no se arriesgará al disfrute de este beneficio, ya que no podrá asegurar el mantenimiento del contrato durante un período tan extenso. De nuevo, las condiciones vinculadas a los incentivos impiden su utilización. La única opción en este supuesto es resolver los contratos en tiempo de prueba, incluso varias veces, hasta llegar a los 12 meses totales, y de este modo evitar la condición de mantenimiento del nivel de empleo. Esta opción legislativa puede animar al fraude, por lo cual hay que defender que hubiese sido mucho más correcto eliminar dicha traba, incentivando realmente la contratación en el sentido referido.

3.3. Los discapacitados: el único colectivo realmente protegido en el ámbito de la contratación

Como bien se conoce, la ley laboral, como norma de discriminación positiva, exige a las empresas tanto públicas como privadas con más de 50 trabajadores la reserva del 2% de los puestos de trabajo para este colectivo. No obstante, existe un incumplimiento masivo de esta regla debido a diferentes factores tales como la dificultad de readaptar las plantillas de las empresas en funcionamiento o la dificultad de encontrar discapacitados aptos para ciertos puestos de trabajo concretos. Es por esto que si se demuestra esta última circunstancia o se acredita la existencia en la empresa de causas de carácter productivo, organizativo, técnico u otras que motiven obstáculos en su integración, los servicios públicos competentes expiden certificado sobre la excepción en el cumplimiento de la reserva de puestos de trabajo durante tres años⁽⁷⁵⁾.

Dentro del sistema de inserción de este colectivo en el mercado ordinario⁽⁷⁶⁾, se conceden ayudas a la contratación indefinida, que van desde subvenciones hasta ciertos importes

(74) En el caso de que antes de 12 meses extinga el contrato, podrá celebrar otros y disfrutar de este beneficio, siempre que el tiempo total sea el señalado. Esta opción es factible, dado que se acepta la extinción no imputable al empresario o la resolución durante el período de prueba.

(75) Además, se regulan medidas alternativas al cumplimiento de la obligación que se pueden incluir en la negociación colectiva, u otras tales como la celebración de un contrato civil o mercantil con Centro Especial de Empleo o con trabajador autónomo con discapacidad, la constitución de un enclave laboral o las donaciones o acciones de patrocinio de carácter monetario para desarrollo de actividades de inserción laboral y creación empleo de discapacitados.

(76) No hay que olvidar que paralelamente existe un sistema de empleo protegido de trabajadores discapacitados a través de los Centros Especiales de Empleo o la constitución de enclaves laborales. En el primer caso, las

concedidos con el objeto de conseguir la adaptación del puesto de trabajo, pero también deducciones en el impuesto de sociedades e importantes bonificaciones según concurra esta discapacidad con otros elementos que provocan la inclusión de estos sujetos en colectivos que sufren doble discriminación (mujeres y trabajadores maduros)⁽⁷⁷⁾. Para acceder a todas estas ventajas, se exige que el discapacitado lo sea en más de un 33%⁽⁷⁸⁾, o se le haya reconocido una incapacidad permanente para el trabajo en grado total, absoluta o gran invalidez.

Se requieren algunas otras condiciones para beneficiarse de las bonificaciones concedidas por la contratación de discapacitados. En el lado del trabajador se exige en el momento de celebración del contrato que esté inscrito en el SEPE, que no haya estado vinculado a la empresa o grupos de empresas en los 24 meses anteriores y que no haya disfrutado de un contrato indefinido en los 3 meses previos. A la empresa se le solicita que no haya extinguido contratos indefinidos por despido improcedente o Expedientes de Regulación de Empleo en los últimos 3 meses. Además, se demanda el sostenimiento del contrato durante 3 años, aunque se entiende cumplida la condición si extinguida la relación, se contrata a otro discapacitado.

Pero, no sólo hay beneficios en el supuesto de la contratación indefinida, sino asimismo se conceden otros para animar a la contratación temporal⁽⁷⁹⁾. Así, con los mismos requisitos antes especificados para la empresa y los trabajadores, se regulan bonificaciones a través de la contratación de fomento del empleo, cuya duración es de un mínimo de 12 meses y un máximo de 3 años con una indemnización de 12 días por año de servicio⁽⁸⁰⁾. Y los trabajadores autónomos tienen reconocidas bonificaciones del 50% de las cuotas referida a la base mínima durante 5 años desde la fecha del alta. Igualmente se regula el

empresas tienen entre sus empleados al menos un 70% de trabajadores discapacitados, cuyo objetivo es la rehabilitación personal, la adaptación social y la integración posterior en el mercado laboral. Por otra parte, los enclaves laborales colaboran con los centros especiales de empleo y la prestación de servicios se lleva a cabo en las primeras a las que se trasladan temporalmente.

(77) En concreto en la actualidad se reconocen las siguientes cuantías: subvención de hasta 3097 €, ayudas a la adaptación del puesto de 901,52 €, deducción en el impuesto de sociedades de 6000 € anuales por persona y bonificaciones según tipo de severidad, edad (mayor o menor de 45 años) y género que van desde 4500 € a 6300 € anuales. Por otra parte, también desde las CCAA regulan importantes subvenciones para promocionar la contratación de este colectivo. Como ejemplo se puede consultar la de la Comunidad de Madrid en la Orden 345/2009, de 13 de febrero, por la que se regula el procedimiento de concesión de subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo (BOCAM núm. 58, de 10 de marzo).

(78) La discapacidad se reconoce por cada CCAA de acuerdo con las normas establecidas en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (BOE núm. 22, de 26 de enero de 2000), modificado por el Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre (BOE núm. 245, de 11 de octubre).

(79) Asimismo se les aplican reglas especiales en los contratos de formación y aprendizaje, eliminado el requisito de la edad y concediendo la posibilidad de bonificarse las cuotas de cotización empresariales. También se recogen para el contrato en prácticas, donde se amplía el tiempo en el que se puede llevar a cabo la contratación desde la finalización de la formación de 5 a 6 años, se bonifican el 50% de las cuotas por contingencias comunes y se reconocen subvenciones para la adaptación de puestos de trabajo, siempre que los contratos tengan una duración superior a 12 meses.

(80) En estos supuestos se reconoce también bonificaciones (entre 3500 € hasta 5300 € anuales), en la misma línea que en los beneficios de la contratación indefinida, esto es, según el grado de la discapacidad, la edad y el género del trabajador.

100% de la bonificación del contratos de interinidad, incluidas todas las contingencias, en sustitución de discapacitados que tengan suspendido su contrato por Incapacidad Temporal siempre que el sustituyente sea también otro discapacitado.

En definitiva, la contratación de los trabajadores discapacitados, tanto de forma indefinida como temporal, tiene anexas importantes ventajas que pueden ser aprovechadas por las empresas, incluso se puede mantener que es casi el único colectivo cuya contratación sigue realmente incentivada. No obstante, las empresas no parecen disponer de estas ventajas, puede ser que por desconocimiento o por la dificultad de encontrar trabajadores adecuados para los puestos de trabajo concretos. Sin embargo, existen importantes medios de apoyo a la búsqueda como son la colaboración de los servicios públicos de empleo o de las propias Mutuas que cuentan con servicios de recualificación de los trabajadores a quienes se les ha reconocido una incapacidad permanente total para su profesión habitual.

3.4. Los trabajadores con cargas familiares y las familias

En algún sentido, la reforma laboral ha tenido en cuenta a los trabajadores con cargas familiares a los efectos de apoyar la conciliación de la vida laboral y familiar y, en cierto modo, a las propias familias. Así, el párrafo octavo del artículo 34 ET reconoce que el trabajador tendrá derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezca vía negociación colectiva o por acuerdo con el empresario. Es dudosa la eficacia de declaraciones como ésta teniendo en cuenta el mercado laboral actual con una ingente tasa de desempleo, lo que en consecuencia dificultará la efectividad de estos derechos. Incluso la propia reforma de 2012 contradice esta opción cuando elimina la bonificación que se concedía cuando la mujer volvía a su puesto de trabajo después de la baja por maternidad durante cuatro años. Este beneficio aseguraba la permanencia de las trabajadoras con cargas familiares durante ese período, aportando al empresario un importante instrumento para el mantenimiento de su contrato.

Fuera de este contexto, lo que sí ha mantenido la norma es la reducción de la cuota en un 100% tanto en contingencias comunes como profesionales en el caso de contratación de trabajadores desempleados en sustitución de otros que se encuentren de baja por maternidad, riesgo embarazo o lactancia. Además, el hecho de realizar esta contratación significa también la reducción simultánea de las cuotas del propio trabajador sustituido. Como bien se conoce, aunque durante las bajas señaladas el contrato queda en suspenso, por lo que la empresa no debe abonar el salario del beneficiario, sin embargo, sigue manteniendo el deber de cotizar por el 100% de las cuotas de la Seguridad Social, de forma que el beneficio descrito incentivará la contratación de trabajadores desempleados mediante el contrato de interinidad, con un coste aún más barato que el trabajador sustituido al no llevar aparejados costes sociales. Pero, además, se promocionará la contratación de mujeres en edad fértil, dado que se garantizará que el empresario no asume riesgos económicos por las bajas relacionadas con el embarazo, dado que no tendrá que continuar cotizando por ella cuando ocurran esas vicisitudes. Si bien se entiende como positivo la continuación de este beneficio, no obstante, este objetivo se conseguía realmente si se hubiese mantenido la bonificación en los cuatro años siguientes a la incorporación de la baja por maternidad que, como ya se ha señalado, ha sido eliminada por la reforma de 2012.

Lo que también se ha conservado en el sistema especial de las Empleadas del Hogar, que se venía aplicando ya en el extinguido Régimen Especial, es la reducción de las cuotas de cotización en un 45% a las familias numerosas. En todo caso, sólo se aplica a la contratación de cuidadores, y no de personal de limpieza. Para acceder al beneficio se requiere que los dos ascendientes o el ascendiente, en caso de familia monoparental, ejerzan una actividad fuera del hogar o estén incapacitados para el trabajo. Con lo que parece que se busca colaborar con aquellos grupos familiares que precisan de especial apoyo a la conciliación de su vida familiar y laboral debido al elevado número de sus miembros dependientes. No obstante, esta finalidad se desvirtúa en relación a las familias numerosas de categoría especial, a las que se concede el disfrute de la reducción con independencia de otros condicionantes relacionados con el ejercicio de una actividad laboral. En este caso el fin de la incentivación está en la atención a estas familias con independencia de otras cuestiones.

Por último, relacionado con la protección de las familias, aunque no con la conciliación, la DA 11.^a de la Ley 3/2012 regula bonificaciones destinadas a las nuevas altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomo⁽⁸¹⁾s. La duración de este beneficio es de dieciocho meses y se aplica un descuento de un 50% de la cuota calculada para la base mínima fijada legalmente. En este supuesto, el problema fundamental lo plantea la estricta interpretación de «nueva alta» que con el fin de evitar el fraude que consistiría en darse de baja en el régimen y de nuevo de alta, lleva a denegar el beneficio a sujetos que estuvieron incluidos en su protección hace un largo tiempo. Sería necesario precisar este requisito a los efectos de no denegarlo a aquellos que puedan demostrar la falta de intención defraudatoria en otra nueva alta, cuando entre una y otra hay un largo lapso de tiempo que imposibilita el fraude. Es decir, en la misma dirección que los incentivos regulados para los jóvenes emprendedores, permitir el beneficio cuando ya ha existido alta, pero ésta fue hace más de cinco años.

En cualquier caso, aunque esta bonificación está relacionada con la colaboración en negocios familiares, su finalidad está lejana a los principios de la conciliación de la vida familiar y laboral, y de protección a la familia, puesto que su razón de ser parece el fomento de la declaración de las actividades laborales desarrolladas por los parientes en un negocio familiar que en muchas ocasiones se realiza sin la necesaria alta y la consiguiente cotización al sistema de la Seguridad Social.

4. LA PROMOCIÓN DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA

Las últimas reformas del Derecho del Trabajo han tratado de promocionar instrumentos de flexibilidad interna que le ayuden al empresario a mantener la viabilidad de sus empresas a través de la facilitación de la reorganización de los distintos elementos de la relación laboral. Estas actuaciones se han regulado como remedio a otras medidas con efectos más perversos para los trabajadores como son la extinción de sus contratos.

(81) No sólo se protege a los cónyuges, sino también a las parejas de hecho que cumplan diversos requisitos, suficientes para demostrar su existencia, en la misma línea que los demandados en los supuestos de acceso a la pensión de viudedad. Por otro lado, también se entiende por familiar a estos efectos todos los parientes hasta el segundo grado por consanguineidad o afinidad.

En este sentido, aunque no sea una medida de contratación, sino de mantenimiento de los ya existentes, se han mantenido incentivos a los efectos de animar a la empresa a optar por la suspensión o reducción de la jornada, ambas temporales, con el fin de evitar la extinción de las relaciones laborales. Las empresas que decidan, en vez de extinguir los contratos por causa económica, técnica, organizativa, de producción o fuerza mayor, suspender o reducir la jornada por idénticos motivos tendrán derecho a una bonificación del 50% de sus cuotas a la Seguridad Social por contingencias comunes. Durante la duración de estas medidas, se reducen sus obligaciones salariales, sin embargo, se mantiene la obligación de cotizar como si el empleado desarrollase de forma plena su prestación de servicios. Este deber puede llevar a desincentivar el mantenimiento de la relación laboral, de forma que para evitar estos efectos indeseados se les bonifica por un máximo 240 días⁽⁸²⁾.

Asimismo, dentro de las medidas de flexibilidad interna se encuentran las relativas al tiempo de trabajo. Así, se admite la posibilidad de que el empresario pueda determinar la distribución de la jornada de forma irregular a lo largo del año en un 10% de la jornada de trabajo, salvo que en convenio colectivo se especifique otra cosa, de acuerdo con sus necesidades⁽⁸³⁾. En la misma línea, desde la reforma de 2012 se permite que los trabajadores a tiempo parcial puedan realizar horas extraordinarias de acuerdo con las necesidades de la organización empresarial. Otra medida de flexibilidad más que en el tiempo, en el lugar de trabajo, es la regulada en el artículo 13 ET donde se recoge el trabajo a distancia.

4.1. El contrato a tiempo parcial y la flexibilidad en el tiempo de trabajo

Hasta la reforma de 2012, los trabajadores a tiempo parcial podían realizar su jornada de trabajo y, además, horas complementarias. Es decir, podían mediante pacto escrito acordar la realización de horas más allá de la jornada pactada, aunque sólo para los trabajadores indefinidos⁽⁸⁴⁾. Esta opción legislativa de limitación del alargamiento de la jornada en los contratos a tiempo parcial se pierde desde que la reforma de 2012 permite que el trabajador, además de su jornada ordinaria y de las horas complementarias, pueda realizar horas extraordinarias con el único límite de que la suma de todas estas horas sea inferior al tiempo que dure la jornada de un trabajador completo comparable⁽⁸⁵⁾. Aunque, al menos,

(82) Estas ventajas sólo se pueden disfrutar si las empresas no han llevado a cabo en los 12 meses anteriores despidos improcedentes o colectivos a los que se aplicó con anterioridad esta misma bonificación, aplicando la limitación respecto al mismo número de contratos afectados. Se trata de evitar que quien empleó estos beneficios inadecuadamente, vuelva a hacerlo. Además, después de finalizar las medidas se exige al empresario que mantenga el puesto de trabajo durante un año, en caso contrario perderá el importe bonificado. Esta bonificación podrá utilizarse hasta el 31 de diciembre de 2013, dado que se ha regulado como medida transitoria con el fin de atenuar los efectos de la crisis económica.

(83) Con las únicas limitaciones de respetar los períodos mínimos de descanso diario y semanal y con la obligación de preavisar con al menos cinco días de antelación (artículo 34.2. ET).

(84) No obstante, con el objeto de evitar que un contrato a tiempo parcial se convierta en uno a tiempo completo temporalmente se limitan las horas complementarias hasta un máximo del 15% de las horas ordinarias, aunque pueden incrementarse hasta un 60% por convenio colectivo. Hay que señalar que en este último caso se pierde el objetivo de la norma de limitar el alargamiento temporal del contrato convirtiéndole en un contrato a tiempo completo.

(85) Hay que recordar que si la empresa no tiene un trabajador comparable, entonces habrá que estas a lo que señale el convenio colectivo como jornada a tiempo completo establecida. Y, en su defecto, habrá que establecer como comparable la jornada completa normal, esto es, 40 horas (STS de 15 de diciembre de 2006, Recurso 85/2006).

se limita el número de horas extras aplicando los límites generales en proporción a la duración de la jornada laboral⁽⁸⁶⁾. Así, el límite general de 80 horas anuales retribuidas se ajustará proporcionalmente al porcentaje de cada jornada de trabajo⁽⁸⁷⁾.

Con esta nueva regulación parece que se quiere conceder a la empresa un instrumento de adaptación de la jornada de sus trabajadores a tiempo parcial según sus necesidades. Así, cuando la organización deba atender, de acuerdo con la evolución del mercado, a cierta acumulación de tareas o exceso de pedidos o sustituir a un trabajador, en vez de contratar temporalmente a otro empleado, será más provechoso para la empresa aumentar proporcionalmente la jornada del trabajador a tiempo parcial. Un nuevo empleado deberá adaptarse a la actividad laboral, mientras que el trabajador a tiempo parcial ya conocerá su funcionamiento. De este modo, el empresario podrá decidir que el contrato a tiempo parcial se convierta casi en un contrato a tiempo completo teniendo en cuenta la evolución de sus necesidades, convirtiéndose esta posibilidad en una importante arma de flexibilización del trabajo⁽⁸⁸⁾. En idéntico sentido, no hay que olvidar que la Ley 11/2013 ha regulado un nuevo contrato a tiempo parcial de corte formativo dirigido a los menores de 30 años que cumple funciones similares de adaptarse a las necesidades laborales de las empresas.

En todo caso, la mayor desventaja de los trabajadores a tiempo parcial es la desprotección en el ámbito de la Seguridad Social. Si se promociona la flexibilidad de su jornada laboral a través de la posibilidad de realizar horas extras, es razonable pensar que se va a incentivar la elevación de esta modalidad de contratación tan adaptable a las necesidades de tiempo de trabajo en la empresa, sobre todo teniendo en cuenta que, a diferencia de lo regulado para las horas complementarias, es aplicable tanto a los contratados de forma indefinida como temporal. Con el fin de atenuar estas consecuencias en la protección social se han incluido ciertas especialidades en la cotización.

Las horas extraordinarias que realicen los trabajadores a tiempo parcial computan en la base de cotización por riesgos comunes y en la base reguladora de las prestaciones que se generen. Esta opción puede plantear problemas en el cálculo de las prestaciones⁽⁸⁹⁾. A estos efectos se puede examinar el ejemplo del subsidio de incapacidad temporal. Cuando se causa por riesgo profesional, las horas extraordinarias se computan hallando una media de las realizadas en el año natural anterior. Se plantea si esta regla será aplicable en el cálculo

(86) Se puede plantear si por convenio colectivo pueden limitarse la realización de horas extraordinarias. La respuesta debe ser negativa por aplicación analógica de la jurisprudencia dictada respecto a las horas extras de los trabajadores contratados a tiempo completo. Vid. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., «La recuperación de las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial» en AAVV, *La regulación del Mercado Laboral*, Lex Nova, 2012. pág. 126 y ss.

(87) Una cuestión a plantear es que ocurrirá si se incumple el tope aplicable proporcionalmente. Parece que habrá que interpretar que si se trata de un incumplimiento esporádico, se deberá calificar de exceso de jornada. No obstante, si se convierte en algo habitual, habrá que concluir que se trata de un fraude de ley y como tal deberá ser sancionado (STSJ de Cataluña de 22 de junio de 2009, recurso 727/2009).

(88) De hecho, un 21% de las empresas de menos de 50 trabajadores están dispuestos a incrementar sus contrataciones a tiempo parcial debido a la nueva regulación. FUENTE: Primer Observatorio de Seguimiento de la Reforma Laboral 2012 (Fundación Sagardoy y Fundación Adecco).

(89) En todo caso, se ha señalado que es más favorable a efectos de cotización que las horas sean complementarias y no extraordinarias, Vid. LÓPEZ GANDÍA, J., «Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma laboral de 2012», en *Revista de Derecho Social*, núm. 57/2012, pág. 97.

de la prestación causada por enfermedad común o accidente no laboral. Parece que la respuesta debe ser negativa y deben aplicarse las reglas generales de determinación de la base reguladora para riesgos comunes con independencia de que estén integradas también por horas extraordinarias, dado que la norma no ha desarrollado excepción para este supuesto.

4.2. El teletrabajo y la flexibilidad en el lugar de trabajo

Hasta la reforma de 2012, no había ni definición, ni regulación del teletrabajo en el Estatuto de los Trabajadores. En el RD-ley 3/2012 y la posterior Ley 3/2012 se modifica el artículo 13 de dicho texto legislativo, dentro de las modalidades contractuales, incluyendo al «trabajo a distancia» que sustituye al «trabajo a domicilio»⁽⁹⁰⁾. En todo caso, con independencia de esta ubicación, hay que advertir que se trata de una forma de organización y no de un tipo de trabajo.

El teletrabajo es una zona gris entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo. Es decir, en ocasiones es difícil encuadrarlo en una actividad descentralizada por cuenta ajena o una labor por cuenta propia, con lo cual se hace necesario el análisis de los indicios de laboralidad a los efectos de su delimitación⁽⁹¹⁾. En muchas ocasiones, dadas las dificultades de clasificación como laboral, una buena opción es su calificación como trabajador económicamente dependiente⁽⁹²⁾.

La regulación del teletrabajo encuentra sus pilares en el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo (AMET)⁽⁹³⁾, firmado en 2002 por los interlocutores sociales, donde lo define como una forma de organización y de realización del trabajo que busca el equilibrio entre flexibilidad y seguridad, colabora en la compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores y mejora la productividad y competitividad de las empresas. Sus elementos básicos son la utilización de las tecnologías de la información en el marco del contrato de trabajo y su naturaleza voluntaria, de modo que debe pactarse de forma individual o colectiva. Se aplican los principios de la protección de datos y de la vida privada del teletrabajador; se reconocen los mismos derechos, en especial a la seguridad y salud, y a la formación, en iguales condiciones que el resto de los empleados y, con especial incidencia en el reconocimiento de idénticos derechos colectivos (valorando la representación general o específica).

(90) No se trata de una modificación de la ordenación tradicional del contrato a domicilio, sino una sustitución. Vid. SEMPERE NAVARRO. A/ MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves de la reforma laboral de 2012*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012. pág. 191 y ss.

(91) En primer lugar, hay que valorar los límites de la dependencia y el control de la actividad por parte del empresario a través del análisis de la posibilidad de sustituir el programa informático, la conexión interactiva, el control del trabajo mediante análisis de los datos registrados por el ordenador, la existencia horarios y jornada, los compromisos de exclusividad o la obligación de participación en cursos de formación, entre otros. Respecto a la ajenidad, habrá que examinar de quien es la titularidad de los medios de producción, quien corre con los riesgos de la actividad y quien tiene el derecho de propiedad intelectual.

(92) En este sentido, SIERRA BENÍTEZ, E.M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, CES, 2010. págs. 120 y ss.

(93) El artículo 13 ET deja muchas cuestiones sin regular que se plantean en el desarrollo del teletrabajo, que deben ser solventadas a través de la remisión implícita del AMET. Vid. MUÑOZ RUIZ, A.B., «Trabajo a distancia» en AAVV, *La regulación del Mercado Laboral*, Lex Nova, 2012. pág. 154.

En la nueva redacción del artículo 13 ET se define el trabajo a distancia como la prestación de la actividad laboral que se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa⁽⁹⁴⁾. De esta forma el elemento básico del teletrabajo será su desarrollo fundamentalmente fuera del centro de trabajo mediante la utilización de medios informáticos y telecomunicaciones⁽⁹⁵⁾, rompiendo con la idea del trabajo como unidad de espacio y trabajo. Estos dos pilares confieren a la prestación de servicio la flexibilidad precisa para que el trabajador pueda conciliar su vida laboral y la personal/familiar y racionalizar sus horarios de trabajo.

Así, aunque la norma laboral no ha regulado incentivos para apoyar la utilización del teletrabajo, sin embargo, su utilización como modo de organización del trabajo trae anexas importantes ventajas para la empresa que pueden presentarse como elementos de fomento de la contratación a través de esta modalidad. Con este fin se van a analizar los elementos que pueden colaborar en la promoción de la contratación de trabajadores⁽⁹⁶⁾. En primer lugar, la empresa, que opte por esta organización, ahorrará costes de transporte (pluses de transporte, abono de trasportes colectivos o vehículo a disposición del trabajador) y otros gastos relacionados con las comidas (tickets de comidas), lo que consecuentemente significará una reducción del salario de los teletrabajadores. Además otra ventaja empresarial es la reducción del espacio inmobiliario, que podría incluso desaparecer si se impone como única forma de organización de la actividad⁽⁹⁷⁾.

Pero, este tipo de organización del trabajo igualmente tiene ventajas para los trabajadores. En un mundo globalizado, esta tipología de trabajo otorgar oportunidades a quienes viven en lugares con dificultades de comunicación, dado que el lugar de elección del domicilio será independiente de la situación de la organización empresarial. En el mismo sentido, el teletrabajo puede servir como instrumento de integración de determinados colectivos sensibles como pueden ser los discapacitados, dado que evita los problemas de desplazamiento, ahorrando a las empresas los costes de adaptación de la accesibilidad al lugar de trabajo. Además busca principalmente el fomento de la conciliación de la vida familiar y laboral, reduciendo el absentismo provocado por las incidencias de esta situación, sobre todo cuando se permite que la prestación de servicios se realice en el horario

(94) La definición del teletrabajo está formada por tres elementos básicos: a) la localización (el espacio físico en el que se desarrolla la actividad se encuentra fuera de la empresa); b) la utilización de nuevas tecnologías informáticas y de comunicación (lo que le diferencia del trabajo a domicilio clásico que consiste en un intercambio de bienes materiales cuantificables y fungibles) y c) el cambio en la organización y realización del trabajo.

(95) No todo el teletrabajo se realiza en el domicilio del trabajador. De acuerdo con el criterio locativo, puede realizarse asimismo en centros de teletrabajo, donde se comparten recursos e instalaciones informática (se trata de una forma de descentralización productiva) y mediante la modalidad de teletrabajo móvil o itinerante, donde el trabajador tiene un equipamiento telemático y se mueve de un sitio a otro (es el supuesto de trabajadores que desarrollan su actividad en el ámbito de la formación o de la auditoría).

(96) También tiene ventajas sociales como son el ahorro de energía y la menor contaminación. El beneficio para el entorno es claro, se reducirá la contaminación atmosférica al aminorar los desplazamientos y además se disminuirán los atascos producidos por la movilidad de los trabajadores.

(97) No obstante, la empresa deberá asumir otros costes como el de los equipos necesarios, o incluso los consumos de calefacción, electricidad y teléfono del lugar de prestación. También podrán pactarse la asunción de los gastos de reinstalación, cuando el trabajador se cambia de domicilio, de desgaste y deterioro de los instrumentos.

elegido por el empleado. Estas consecuencias serán una forma de promoción muy importante de la contratación de trabajadores con cargas familiares. Como ya se ha señalado, la desaparición de las bonificaciones durante 4 años que acompañaban la vuelta a la actividad laboral de las trabajadoras después de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad ha dejado desprotegido a este colectivo. Como bien se conoce, las empresas no desean contratar a las mujeres en edad fértil por los inconvenientes que suponen para el desarrollo de su actividad las bajas por maternidad, casi siempre precedidas de bajas por incapacidad temporal, el abono de los días de lactancia, las reducciones de jornada por cuidado de hijos y las faltas al puesto de trabajo motivadas por las diferentes incidentes relativos a la vida familiar. Todas estas cuestiones pueden ser salvadas a través del teletrabajo, sobre todo si se permite el horario flexible o incluso si se demanda una actividad por resultado, más que por unidad de tiempo.

No obstante, el teletrabajo asimismo tiene asociadas ciertas desventajas para los trabajadores que también hay que tener presentes. En primer lugar, provoca una especie de solapamiento de la vida laboral con la vida privada, así como la supresión del contacto con otros trabajadores. Por otra parte, la reducción de la relación con el medio de trabajo conlleva dificultades intrínsecas a la utilización de los medios tecnológicos, dado que el empleado no contará con el apoyo de los técnicos, ni con la posibilidad de asumir conocimientos por imitación. Con el objeto de evitar todos estos efectos perversos se propone como solución la actividad laboral mixta, es decir, parte de la jornada se puede desarrollar desde su domicilio y parte de forma presencial⁽⁹⁸⁾.

A estas circunstancias, hay que añadir que en general el teletrabajo se presenta como una fórmula de prestación mal pagada y como una forma encubierta de reducción de plantilla. O incluso puede ser un arma para la internacionalización de la prestación a un lugar del trabajo que interese a los efectos de imponer normas laborales y salariales más ventajosas para la empresa. En cualquier caso, esta «exportación» laboral puede hacerse igualmente a través del cambio del centro de trabajo a otros lugares con mayores beneficios para la empresa. En el mismo sentido, también se ha alegado como crítica al teletrabajo la mayor probabilidad de desprotección de los empleados dado que en general se están aumentando las horas de su disponibilidad. En todo caso, esta última desventaja se puede evitar mediante el control de un horario de trabajo que respete la vida del trabajador y, pactando una actividad laboral de resultados más que de tiempo.

(98) Se están regulando formas mixtas de teletrabajo, donde las empresas permiten a sus empleados trabajar desde su domicilio durante unos días a la semana/mes o un porcentaje de la jornada. En todo caso, para calificarlo como tal parece que al menos deberá desarrollarse un 50% del total de la prestación a través de esta organización. SEMPERE NAVARRO. A./ MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves de la reforma laboral de 2012*, op.cit., pág. 191.

REFLEXIONES DE URGENCIA ACERCA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2012 Y DE SUS CONSECUENCIAS PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL ⁽¹⁾

JOSÉ IGNACIO TEJERINA ALONSO

Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social

RESUMEN

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de noviembre de 2012, resolviéndose una cuestión prejudicial, ha venido a considerar que la legislación de la Seguridad Social española, al regular el acceso a la pensión de jubilación contributiva de los trabajadores a tiempo parcial, incurre en una discriminación indirecta y, por ello, en una conculcación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres establecido en la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978.

A partir de tal referencia, y a la vista de la evolución experimentada en el ordenamiento jurídico español con respecto a la regulación de dicha materia, surgen una serie de reflexiones en torno a las distintas valoraciones que sobre la misma se llevan a cabo por el citado Tribunal europeo y por los Tribunales, Constitucional y Supremo, de España, en orden a la contravención o no del principio de igualdad; a la complejidad que representa la delimitación del criterio de proporcionalidad que el Tribunal europeo demanda en el tratamiento de la protección de los trabajadores a tiempo parcial; y a las eventuales repercusiones de la doctrina de éste en el ordenamiento español, así como a los riesgos y dificultades que se prevén en la nada asequible tarea, pendiente de acometer, de intentar adaptar dicho ordenamiento en la orientación exigida.

ABSTRACT

The sentence of the Court of Justice of the European Union, of November 22nd 2012, by solving a pre-judicial issue, has come to consider that the legislation of the Spanish Social Security, as far as it regulates the access to a contributory pension of part time workers, it incurs in an indirect discrimination and, in consequence, in the violation of the principle of equal treatment between men and women stated in the Directive 79/7/CEE of the Council, of December 19th, 1978.

Starting from such a reference, and in view of the evolution experienced in the Spanish legal system with regard to the regulation of this matter, a series of thoughts arise about the different appraisals carried out about this matter by the above mentioned European Court and by the Spanish Constitutional Court and the Spanish Supreme Court, regarding the violation or not of the equality principle; to the complexity that represents the delimitation of the approach of proportionality that the European Court sues concerning the treatment of the protection of part time workers; and to the possible repercussions of this doctrine in the Spanish legal system, as well as to the possible risks and difficulties that could arise in the non-easy task, still to be undertaken, of trying to adapt this classification in the demanded orientation.

(1) El presente trabajo fue elaborado por su autor en el mes de diciembre del pasado año. Los naturales desfases temporales de la publicación han determinado que ésta tenga lugar después de que se haya dictado la STC 61/2013 y de que se haya aprobado la nueva regulación de la materia por el Real Decreto-ley 11/2013. No obstante, considero que las reflexiones aquí contenidas, en la medida en que describen críticamente los presupuestos que han llevado a la reciente reforma, conservan su vigencia e interés, por lo que tiene sentido la publicación del artículo en los términos que fue inicialmente concebido.

Palabras claves: igualdad de trato; discriminaciones indirectas; directivas comunitarias; jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE; trabajadores a tiempo parcial

Keywords: equal treatment; indirect discriminations; European Union regulations; jurisprudence of the European Court of Justice; part-time workers

Fecha de recepción: 5/2/2013

Fecha de aceptación: 5/2/2013

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. LA REGULACIÓN DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL EN LA LEGISLACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU VALORACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.
 1. Los precedentes normativos.
 2. La inconstitucionalidad del criterio para determinar los períodos de carencia.
 3. Medidas amortiguadoras de la proporcionalidad estricta.
 4. La constitucionalidad de la fórmula de cálculo de las prestaciones económicas.
 - III. VALORACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO Y SUS CONSECUENCIAS PARA EL SISTEMA ESPAÑOL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
 1. La discriminación indirecta como factor determinante del fallo judicial.
 2. Cuestionamiento por la exigencia de un período de cotización proporcionalmente mayor.
 3. Dificultades para encontrar el criterio de proporcionalidad demandado.
 4. En relación con la fórmula de cálculo de la pensión.
 5. Conclusiones finales.
-

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia (de su Sala Octava) de 22 de noviembre de 2012 (asunto Elbal Moreno C.385/11), resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona, viene a declarar que *«el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación a 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»*.

El expresado criterio comporta el cuestionamiento de la normativa española reguladora del acceso a la pensión de jubilación (cabe entender que sería asimismo extensible a la

referida a otras prestaciones) en los casos de trabajadores a tiempo parcial, normativa que en la actualidad viene constituida, básicamente, por la disposición adicional séptima (DA 7.ª) de la vigente Ley General de la Seguridad Social (LGSS), cuyo desarrollo reglamentario se halla contenido en el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre.

En consideración a dicho fallo judicial, el Magistrado Juez titular del Juzgado que planteó la aludida cuestión prejudicial, por medio de sentencia fechada el 30 de noviembre de 2012, declaró el derecho de la demandante a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, en un porcentaje del 62% de la base reguladora de 225,87 euros, es decir, en una cuantía mensual de 140,04 euros, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social al abono de dicha pensión con efectos desde el 1 de noviembre de 2009.

Atendiendo tanto al fallo como a algunas de las argumentaciones esgrimidas en los fundamentos de la citada sentencia del Tribunal europeo, se pueden efectuar diversas consideraciones, si bien que, con carácter previo, parece conveniente hacer un breve recordatorio de la evolución experimentada por la normativa interna por la que se ha venido rigiendo la materia en cuestión.

II. LA REGULACIÓN DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL EN LA LEGISLACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EN SU VALORACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

1. Los precedentes normativos

El sistema español de Seguridad Social, como sucede con tantos otros, fue inicialmente diseñado tomando como referencia el modelo constituido por el trabajador contratado a tiempo completo y con una duración indefinida. Con el transcurso del tiempo se evidenció el recurso creciente a modalidades de trabajo intermitente y a tiempo parcial, motivado bien por las adversas condiciones del mercado de trabajo, bien por la voluntad de quienes eligen tal opción para poder compatibilizar su actividad laboral con otras tareas (cuidados de hijos u otros familiares, realización de estudios, etc.), lo cual vino a propiciar ciertos desajustes en la regulación que hasta no mucho antes había sido válida y, en consecuencia, la necesidad de llevar a cabo determinadas adaptaciones en la misma.

En el sentido expresado, puede recordarse que en la regulación precedente de nuestro sistema se determinaba que la base de cotización en el Régimen General tendría como tope mínimo la cuantía íntegra del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento y que dicha base mínima resultaría de aplicación *«cualquiera que fuere el número de horas que se trabajen diariamente»* (artículo 74.4 del anterior texto refundido de la LGSS, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo).

Esta regulación fue objeto de derogación tácita con la nueva regulación laboral del contrato a tiempo parcial iniciada con el artículo 12 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET), en la que, con el propósito de hacer menos gravosa y más atractiva la utilización de esta modalidad contractual, se vino a determinar que la cotización de los trabajadores acogidos a tal modalidad contractual se efectuaría *«a razón de las horas o días realmente trabajados»*. Esto comportó que en el ordenamiento de la Seguridad Social también se llevara a cabo la pertinente adaptación, procediéndose a ajustar, en función de las horas y días

trabajados, tanto el tope máximo como la base mínima de cotización para aquellos supuestos para los que estuviera establecida la cotización por días u horas (regulación que actualmente se contiene en el artículo 110.4 del vigente texto refundido de la LGSS), cuyo ejemplo más significativo viene constituido por el de los trabajadores a tiempo parcial.

Es en este nuevo contexto normativo en el que se regula la cotización con respecto a los trabajadores contratados a tiempo parcial, en relación con los cuales se prevé (en el momento presente en la letra a) de la regla primera del apartado 1 de la DA 7.^a) que la base de cotización «*estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas*», previsión con la precisamente se pretende establecer un criterio de equiparación mediante el cual, cualquiera que sea la modalidad contractual, se requiera a todos los trabajadores el mismo esfuerzo contributivo en proporción a las retribuciones reales obtenidas (con la salvedad de la eventual aplicación los topes máximo y mínimo que en cada momento se hallen establecidos).

Partiendo de estos criterios que rigen para la cotización, en la normativa precedente a la aludida DA 7.^a se preveía que, a efectos de *acreditar los períodos requeridos para poder causar derecho* a las distintas prestaciones (la jubilación, entre ellas), se habrían de computar exclusivamente como cotizados *los días u horas trabajadas*.

A tenor de dicha regulación, el período de cotización, expresado en horas o en días, que, para acceder al derecho a prestaciones, era exigible a los trabajadores a tiempo parcial sería exactamente el mismo que el requerido a tal fin a los trabajadores a tiempo completo; es decir, de acuerdo con una regla de proporcionalidad estricta. Lo que obviamente traía como consecuencia que, en la medida en que la prestación laboral fuera realizada en menor número de horas o de días que el propio del trabajo a tiempo completo, se necesitaría que transcurriera más tiempo para poder completar el período de cotización exigido. Así, si un trabajador desarrollara su actividad a jornada completa todos los días laborables, el año de cotización se cumpliría por el transcurso de 365 días; y si otro trabajador prestara sus servicios a jornada completa pero sólo en días alternos (es decir, trabajando la mitad que el anterior), precisaría que transcurrieran dos años para alcanzar el mismo período de un año de cotización. Pero en ambos casos sería coincidente el número de días durante los que se ha trabajado y por los que se ha cotizado.

2. La inconstitucionalidad del criterio para determinar los períodos de carencia

Este modelo de proporcionalidad estricta para la determinación de los períodos de carencia exigibles a los trabajadores a tiempo parcial, que es al que se ceñía la regulación prevista en el párrafo segundo del artículo 12.4 del ET, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, fue objeto de impugnación ante nuestro Tribunal Constitucional, por medio de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Social, lo que dio ocasión a la STC 253/2004, de 22 de diciembre. En esta sentencia el Alto Tribunal vino a estimar dicha cuestión de inconstitucionalidad con respecto al citado precepto legal, en el que se establecía que, para determinar los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, se computaran exclusivamente las horas trabajadas. El expresado Tribunal vino a considerar que dicha regulación implicaba una lesión del principio de igualdad en la Ley (artículo 14 CE), desde la perspectiva del

juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, así como que comportaba una discriminación indirecta por razón de sexo, doctrina que fue reiterada en otras sentencias posteriores.

3. Medidas amortiguadoras de la proporcionalidad estricta

Con carácter previo a que se produjera este pronunciamiento judicial, el legislador, consciente de la mayor dificultad a la que debían enfrentarse los trabajadores a tiempo parcial para su acceso al derecho a prestaciones, había ya procedido a introducir importantes modificaciones en la regulación del trabajo a tiempo parcial (lo que se llevó a término por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, desarrollado por el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero). En virtud de ellas, se desgajó del ordenamiento laboral los contenidos propios de Seguridad Social, que pasaron a incorporarse a la LGSS, y se introdujeron distintas medidas correctoras para atenuar el principio de proporcionalidad en cuanto al cómputo del período de carencia, con la finalidad de facilitar el acceso a la protección a los trabajadores a tiempo parcial.

Entre tales medidas resalta la que figura actualmente incorporada en la letra b) de la regla segunda del apartado 1 de la repetida DA 7.^a de la LGSS, en donde se prevé que, al expresado efecto de causar derecho a pensiones (de jubilación y de incapacidad permanente, en las que los periodos de carencia son más elevados), al número de días teóricos de cotización acreditados en cada caso se le ha de aplicar el coeficiente multiplicador del 1,5. El resultado que tal operación arroje dará el número de días que habrán de atribuirse al interesado para determinar si se cumple o no con el período mínimo de cotización exigible. Es decir, que mediante tal procedimiento se incrementan, en el nada despreciable porcentaje del 50%, los periodos de tiempo por los realmente se ha efectuado la pertinente cotización, lo que rompe de modo sustancial la equiparación entre lo exigido para los trabajadores a tiempo parcial y lo demandado para los trabajadores a tiempo completo, los cuales en modo alguno, por breve o intermitente que haya podido ser su carrera de cotización, pueden aspirar a que les sea de aplicación dicho beneficio.

Otra innovación producida en esa misma orientación consistió en pasar a considerar, a efectos de periodos cotizados, el tiempo de descanso computable como de trabajo, tal y como sucede con los trabajadores a tiempo completo. A tal fin, en la regla segunda del mismo apartado 1 de la misma disposición se determina que «*se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas... calculando su equivalencia en días teóricos de cotización*», a cuyo efecto el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por 5, que es el equivalente diario del cómputo de 1.826 horas anuales.

Tras estos ajustes normativos, mediante los que se pretendieron corregir o, al menos, atenuar los inaceptables (calificativo empleado por el Tribunal Constitucional) resultados que generaba la aplicación de la regla de la proporcionalidad estricta, la nueva regulación aparece, por el momento, libre de tachas de discriminación, por cuanto no ha habido ningún pronunciamiento declarativo de su inconstitucionalidad.

No lo ha habido por parte del Tribunal Constitucional (único competente a tal efecto), ni en la ya citada Sentencia 253/2004 ni en ninguna otra posterior, aun cuando los Tribunales Superiores de Justicia de diversas Comunidades Autónomas tienen planteadas cuestiones de inconstitucionalidad (no resueltas a día de hoy), ante las dudas que les sus-

cita si la nueva regulación no sigue incurriendo, aunque sea en menor medida, en un trato discriminatorio de los trabajadores a tiempo parcial.

Sí ha tenido el Tribunal Supremo ocasión de pronunciarse en distintas ocasiones y en todas ellas ha venido a confirmar la constitucionalidad de la nueva regulación, una vez incorporada a ella las aludidas medidas correctoras de la proporcionalidad estricta que comportaba la precedente (SSTS de 10 y 16 de julio de 2007 y de 23 de febrero de 2009, entre otras).

Es cierto que, en fecha no lejana, por la Sala de lo Social de este último se ha presentado ante el Tribunal Constitucional una cuestión de constitucionalidad (Auto de 26 de abril de 2012), con relación a la regulación establecida en el apartado b) de la regla 3.^a del apartado 1 de la misma DA 7.^a. Pero dicha regulación viene referida a la integración de lagunas y, en consecuencia, nada tiene que ver con la materia que aquí es objeto de análisis.

4. La constitucionalidad de la fórmula de cálculo de las prestaciones económicas

Si, como ha quedado expuesto, el Tribunal Constitucional estimó la cuestión de inconstitucionalidad y procedió a anular la regulación por la que se regía la determinación de los períodos de carencia exigidos a los trabajadores a tiempo parcial, no siguió el mismo criterio con respecto a peticiones reiteradas para que fuera igualmente declarada contraria a nuestra Constitución *la fórmula de cálculo* que se sigue para determinar el importe de las prestaciones económicas a reconocer a los trabajadores a tiempo parcial, cuestión que fue planteada inicialmente también en el mismo procedimiento que dio ocasión a la mencionada STC 253/2004. Vino a argumentarse al respecto en tal sentencia que **«no resulta contrario al artículo 14 CE, en aras al principio contributivo, que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajo a tiempo completo. En la medida en que el contrato a tiempo parcial supone un esfuerzo contributivo menor (como consecuencia del inferior salario percibido) que en el caso del contrato a jornada completa, es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo cual determinará una prestación más reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo, al resultar la cuantía de la prestación de la aplicación de un determinado porcentaje sobre la base reguladora»** (FJ 6).

La aplicación de esta doctrina, reiterada en posteriores sentencias (p. e., en las SSTC 49/2005 y 50/2005), ha traído como consecuencia la inadmisión a trámite (Auto 200/2007, de 27 de marzo) de alguna cuestión de inconstitucionalidad formulada con el ánimo de replantear de nuevo lo que ya había sido dictaminado en su día por el Tribunal Constitucional.

III. VALORACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO Y SUS CONSECUENCIAS PARA EL SISTEMA ESPAÑOL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Con el propósito de entrar a valorar algunas de las argumentaciones contenidas en la referida sentencia de 22 de noviembre de 2012 e intentar analizar las repercusiones y exigencias que de ella se han de derivar para el régimen jurídico que para los trabajadores a

tiempo parcial se prevé en el ordenamiento de nuestro sistema de la Seguridad Social, se llevan a cabo las reflexiones que siguen.

1. La discriminación indirecta como factor determinante del fallo judicial

En función de los instrumentos jurídicos comunitarios considerados y, en concreto, del tomado como referencia para determinar el sentido del fallo de dicha sentencia (es decir, la Directiva 79/7/CEE), la contravención del principio de igualdad que se imputa al ordenamiento español, al regular la protección por la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, dimana del hecho de que esta categoría de trabajadores está mayoritariamente constituida por mujeres. Si esto no fuera así, no se habría dado ocasión a entrar a valorar la existencia de una eventual discriminación indirecta y el Tribunal europeo no se habría podido pronunciar, con el apoyo normativo empleado, acerca del posible tratamiento discriminatorio del trabajador a tiempo parcial con respecto al que se dispensa al trabajador a tiempo completo.

No deja de llamar la atención que pueda cuestionarse a la legislación española de Seguridad Social porque su regulación sobre el trabajo a tiempo parcial implique una discriminación indirecta de las vetadas por la invocada Directiva comunitaria, cuando, a tenor de lo previsto en la misma (en su artículo 7), se posibilita a los Estados miembros a excluir del campo de aplicación de dicho instrumento manifestaciones inequívocas de discriminación no ya indirectas sino claramente directas, como sin duda es el establecimiento de edades diferentes para acceso a las pensiones de jubilación en función exclusivamente del sexo del beneficiario, lo que se sigue perpetuando en determinadas legislaciones europeas. (Si se hubiera previsto en la nuestra semejante diferencia de trato, se habría tenido que eliminar en aplicación del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución española). Por más que en el terreno de la *lege data* tal contradicción tenga su amparo normativo, según se desprende del texto de la aludida Directiva, no por ello deja de producir perplejidad encontrar en el acervo comunitario tan desigual vara para medir uno y otro tipo de discriminaciones.

2. Cuestionamiento por la exigencia de un período de cotización proporcionalmente mayor

Considerando los distintos pronunciamiento jurisdiccionales habidos en torno a esta materia, se pone de manifiesto, en primer término, la contradicción que se produce, ya que la misma regulación que para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea incurre en una discriminación indirecta prohibida por la Directiva 79/7/CEE, para los Tribunales españoles, tanto para el Constitucional como para el Supremo, ni contraviene el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución española, ni implica un tratamiento discriminatorio por razón de sexo, al que se opondría tanto la Directiva mencionada como el propio artículo constitucional invocado.

El pronunciamiento favorable de los Tribunales españoles se basa en la incorporación en nuestro ordenamiento de las aludidas medidas correctoras de la proporcionalidad estricta a las que antes se hizo referencia.

No es éste el sentir del Tribunal europeo, el cual considera que la actual legislación española sigue implicando para los contratados a tiempo parcial la exigencia de **«un período de cotización proporcionalmente mayor»**, lo que impone una corrección que suponga hacer más asequibles los requisitos a exigir a los vinculados por tal modalidad contractual.

Es precisamente en esta misma dirección en la que apuntan los argumentos esgrimidos por el Juzgado español que planteó la cuestión prejudicial, al indicar que, habiendo tenido la demandante del litigio principal un contrato parcial de 4 horas semanales, de mantenerse tal modalidad contractual, se requerirían cien años para acceder a la carencia mínima necesaria de 15 años que le permitiera el acceso a la pensión de jubilación. Sin perjuicio de ajustar a la baja dicha previsión (no llegarían a 88 los años exigibles en tal caso, si se parte de atribuir 0,8 día teórico de cotización a la semana, que supondría 41,6 días por año y que se incrementarían a 62,4 días, tras aplicar el coeficiente multiplicador del 1,5, lo que no haría variar lo grotesco que podría aparentar el requerir el trascurso de tal número de años para poder acceder al derecho a pensión de jubilación), lo denunciado no sería, sin embargo, sino una derivación consecuente de la exigencia de un determinado esfuerzo de cotización (cifrado en un período de 15 años) para adquirir el derecho a protección de naturaleza contributiva. Por consiguiente, cuanto menor sea el tiempo de trabajo (y de cotización) realizado, mayor dificultad existirá lógicamente para poder acumular los períodos de cotización necesarios para alcanzar ese mínimo que, con carácter general, se exige a todos los trabajadores, cualquiera que fuere la modalidad contractual bajo la que hayan trabajado. Y si el período trabajado y cotizado resultara ser escaso (como sucede en el caso planteado), la consecuencia obvia sería la imposibilidad de acceder a este tipo de prestaciones contributivas, en razón precisamente al poco esfuerzo contributivo realizado, a tenor del criterio establecido por el legislador.

A juicio del Tribunal europeo el efecto discriminatorio que se denuncia no ha venido a ser corregido con las medidas correctoras introducidas (utilización del concepto «día teórico de cotización» y del coeficiente multiplicador del 1,5) ya que, según manifiesta, tales medidas no vienen a producir **«el menor efecto positivo en la situación de los trabajadores a tiempo parcial como la demandante en el litigio principal»**.

Matizando tal afirmación, habría que puntualizar que sí que se producen efectos en el caso enjuiciado, por cuanto la carrera de aseguramiento de la interesada, según se hace constar en la propia sentencia, se ve incrementada por el aludido coeficiente multiplicador en 329 días. Otra cosa distinta es que ni aun con tal incremento se alcance un número de años cotizados que se aproxime significativamente al mínimo exigido de 15 años, de lo que se deduce la ausencia, en este caso concreto, de consecuencias prácticas.

El problema a dilucidar, en definitiva, sería qué medida de proporcionalidad se consideraría suficiente para cumplir con las exigencias (no concretadas) que se deducen del pronunciamiento judicial que se valora. O, dicho de otro modo, en dónde habría de ponerse el listón de exigencia (en cuanto a período de carencia) para que los trabajadores a tiempo parcial pudieran acceder sin obstáculos difíciles de superar a una pensión de carácter contributivo.

3. Dificultades para encontrar el criterio de proporcionalidad demandado

La figura del trabajador a tiempo parcial, tras sucesivas flexibilizaciones legales de su concepto, presenta en el momento actual una pluralidad de opciones. En el ordenamiento laboral en vigor (artículo 12 del ET) se entiende por trabajo a tiempo parcial aquel que implica «*la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable*». Conforme es de apreciar y a diferencia con lo que ocurría hace años, en dicha definición no figura la disminución máxima o mínima que ha de representar la jornada con respecto a la que lleva a cabo el contratado a tiempo completo (lo que únicamente persiste para el trabajo a tiempo parcial a realizar por el jubilado parcial, según se prevé en el apartado 6 del citado artículo 12). Es decir, que se considerará trabajo a tiempo parcial el que implica una jornada de trabajo inferior a la prevista para el tiempo completo, con independencia de su extensión. Ante esta perspectiva legal, habría en teoría de considerarse como trabajador a tiempo parcial tanto a quien trabaja un solo día al año como a quien deja de trabajar también un solo día al año, tomando como referencia en ambos casos la rebaja que supone con respecto al tiempo de trabajo del contratado a tiempo completo. Por otra parte, el tiempo de trabajo contratado a tiempo parcial puede distribuirse a lo largo de todos los días laborables (reducción horaria de la jornada diaria de trabajo), alternando días o semanas o meses de trabajo a tiempo completo con otros sin actividad, o concentrando toda la actividad en determinados períodos consecutivos de tiempo (p.e. en sólo uno o dos trimestres del año).

Lo descrito da idea de la variedad de supuestos que pueden quedar englobados bajo la común denominación de trabajo a tiempo parcial, con circunstancias tan poco parejas como para dificultar en extremo el intentar abordar una regulación, en materia de Seguridad Social, que resulte garante de protección para todos ellos. En efecto, parece complejo establecer un tratamiento común que resultara satisfactorio para quienes, con un leve acortamiento de su jornada laboral, guardaran gran proximidad con los trabajadores a tiempo completo, y, a la vez, para otras personas que, en razón a su mínima jornada (y, por consiguiente, a la retribución obtenida en función de ella) su actividad laboral pudiera ser considerada incluso marginal y no constitutiva de medio fundamental de vida. Precisamente para estos últimos todavía sigue previéndose (en el artículo 7.6 de la LGSS, que formalmente mantiene su vigencia) la posibilidad de que puedan considerarse excluidos del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social (en lo referente, claro está, a la protección de naturaleza contributiva), previsiblemente en razón a la dificultad que ha de representar para ellos el acceso a las prestaciones a largo plazo, para las que se requiere reunir prolongados períodos de cotización.

Ante este panorama, ¿cuál sería el criterio de proporcionalidad que demanda el Tribunal europeo que habría de introducirse en nuestro ordenamiento para facilitar la adecuada protección de este colectivo y evitar la situación de discriminación indirecta que se denuncia?

Cabe considerar que dicho Tribunal, cuando demanda el establecimiento de criterios que introduzcan la necesaria proporcionalidad, parece estar estimando que sólo se obtendrá ésta mediante una fórmula que abriera la puerta del reconocimiento a pensión de jubilación a casos iguales a la de la trabajadora del caso enjuiciado. Esta viene a ser la valoración

que efectúa el titular del Juzgado de lo Social que planteó la cuestión prejudicial y que le ha llevado a reconocer a la demandante el derecho a la pensión de jubilación que le fue denegado en vía administrativa.

Se debe tener en cuenta que en dicho caso, una vez reconvertido en días el tiempo trabajado y cotizado por la interesada, resulta que la misma acredita una cotización de 697 días (41 días de trabajo a tiempo completo y 656 días teóricos en función de las horas trabajadas a tiempo parcial), a los que habrían de añadirse 336 días como asimilados (sin cotización real) por razón de tres partos habidos. Esto significa que no se llega a alcanzar ni siquiera 2 años completos de cotización, por lo que quedaría (aun sumando el período asimilado) a una distancia de más de 11 años de cotización para alcanzar el número de 15 que se requiere para causar derecho a la pensión de jubilación.

En estas circunstancias, ¿exigiría el criterio de proporcionalidad demandado por el Tribunal europeo compensar semejante esfuerzo contributivo con la obtención de una pensión vitalicia, cualquiera fuera su cuantía (a lo que más adelante nos referiremos), que, en función de la expectativa de vida que existe en el momento presente, estaría llamada a ser satisfecha por un período de tiempo superior a 22 años? ¿Resulta coherente reconocer una pensión contributiva a quien, por la razón que sea, o no ha contribuido o lo ha hecho mínimamente, como sucede en el caso que aquí se analiza?

No se requiere grandes esfuerzos para intuir que si se tuviese que garantizar el derecho a protección contributiva en casos como el indicado se generaría una importante distorsión en el equilibrio financiero de nuestro sistema, lo que siempre sería cuestionable pero, de manera especial, en momentos tan delicados como el presente.

Además de lo apuntado, con esa pretendida proporcionalidad se estaría contraviniendo el compromiso de reforzar el carácter contributivo del sistema, es decir, el llamado principio de contributividad en que se basa mayoritariamente nuestro sistema, compromiso proclamado en el Pacto de Toledo (en la Recomendación IX del originario, así como en sus posteriores versiones de actualización) y demás acuerdos políticos y sociales suscritos en los últimos veinte años, mediante el que se pretende conseguir una mayor correspondencia y proporcionalidad entre las aportaciones efectuadas y las prestaciones a recibir, incentivando de ese modo la construcción de largas carreras de cotización.

Estos son los efectos cuestionables que resultarían si a quienes acreditaran esfuerzos reducidos en la cotización se les asegurara una protección pareja a la dispensada a quienes se han significado cotizando durante extensos períodos de tiempo, que no encontrarían la adecuada compensación a ese mayor esfuerzo.

Pero debe también añadirse que el reconocimiento de pensiones por carreras de cotización exiguas de los trabajadores a tiempo parcial daría ocasión a que, con la actual regulación, se generaran situaciones de manifiesta discriminación directa, que quebrantarían el principio de igualdad establecido en nuestra Constitución, como las que a continuación, a modo de ejemplo, se mencionan.

Si en el caso que ha dado ocasión a la cuestión prejudicial planteada ha de reconocerse el derecho a pensión, con menos de 3 años de cotización (sumados los periodos reales y los asimilados), por el hecho de ser trabajadora a tiempo parcial, ¿no daría lugar a un agravio comparativo, constitutivo de una manifiesta discriminación, la denegación del

derecho a la pensión de jubilación a un trabajador a tiempo completo que acreditara 14 años de cotización (más de 5 veces lo cotizado en el caso anterior) y, por tanto, no llegara a los 15 exigidos, únicamente por el hecho de no haber sido trabajador a tiempo parcial?

Por otra parte, frente a la estabilidad de antaño en el puesto de trabajo, en la actualidad es sumamente frecuente situaciones en las que se alternan períodos breves de trabajo con otros de inactividad. Esta intermitencia laboral puede dar lugar, por ejemplo, a que a lo largo de un año se haya trabajado y cotizado como trabajador a tiempo completo sólo por seis meses, lo que vendría a equivaler a la situación del trabajador a tiempo parcial que presta sus servicios rebajando a la mitad la jornada que desempeñaría si estuviera contratado a tiempo completo. En este supuesto, ¿no se produciría igualmente una discriminación si al trabajador a tiempo completo pero intermitente no se le diera el mismo trato que el que se estableciera para el trabajador a tiempo parcial?

En definitiva, so pretexto de evitar una discriminación ¿no se correría el riesgo de pasar a generar otras muchas?

4. En relación con la fórmula de cálculo de la pensión

Junto a la falta de proporcionalidad en la carencia exigida, que en la sentencia se denuncia, se insiste también en ella, como aspecto a cuestionar en el régimen jurídico aplicable a los trabajadores a tiempo parcial, en el hecho de que el importe de la pensión a reconocer a éstos se vea directa y proporcionalmente reducido en razón a la parcialidad de la jornada. Lo que supone, a juicio del Tribunal europeo, la acumulación de dos criterios restrictivos, es decir, una doble aplicación del principio *pro rata temporis*.

Sobre este otro segundo aspecto, conforme ya quedó apuntado con anterioridad, nuestro Tribunal Constitucional nunca ha llegado a considerar que el vigente ordenamiento implique una quiebra o contravención del principio de igualdad y de no discriminación establecido en el artículo 14 de nuestro texto constitucional. Y en orden a valorar la postura mantenida en sentido contrario por el Tribunal europeo cabe formular las consideraciones que siguen.

Se ha de considerar que en nuestro modelo de Seguridad Social, basado en un sistema financiero de reparto y no de capitalización individual, sólo se accede a la pensión de jubilación cuando en el momento del hecho causante se acredita que el beneficiario se halla en posesión de todos y cada uno de los requisitos que le son exigidos. Esto supone que a lo largo de la carrera de cotización de un trabajador éste va generando únicamente expectativas de derecho pero, además, de un valor incierto, como viene a demostrar el hecho de que alguien que reúna amplios períodos de cotización (que rebasen los 30 años) puede ver denegada su solicitud de pensión de jubilación si en la fecha del hecho causante no tiene cubierto el período de carencia específica exigido (2 años comprendidos dentro de los 15 inmediatamente anteriores a dicha fecha).

Quiere con ello significarse que la aludida pensión no puede concebirse como la suma de derechos adquiridos en forma de fracciones del importe que finalmente haya de reconocerse y que se han ido devengando conforme iba avanzando la carrera de cotización del interesado. Sólo al llegar a la edad legal de jubilación y acumular, como mínimo, un

período previo de cotización de 15 años, se tendrá derecho a la correspondiente pensión. Con la única salvedad de la modalidad de jubilación parcial, lo que se reconoce en cualquier otro caso es la pensión plena o íntegra, no siendo posible hacerlo sólo de una parte o fracción de la misma, en atención, por ejemplo, de la existencia de períodos de cotización menores, que no alcanzaran el indicado límite de 15 años.

Esto es lo que diferencia nuestro sistema de otros que nos muestra el Derecho comparado, en los cuales, a partir de un tiempo mínimo de aseguramiento (de 5 años, en el modelo alemán), se tiene asegurado el derecho a pensión, en una cuantía que obviamente representa sólo una parte de la que se podrá alcanzar conforme vaya aumentando la duración de esa carrera de aseguramiento (y que, siguiendo la referencia del sistema alemán, no tiene garantía de complementos por mínimos, con independencia de que la situación del beneficiario pudiera dar ocasión a obtener otras prestaciones en concepto de asistencia social). La ausencia en nuestra legislación de una regulación semejante viene a impedir que quienes acrediten períodos de cotización inferiores al repetido límite de 15 años (entre los que encontrarían una parte de los trabajadores a tiempo parcial) puedan tener opción a una pensión de jubilación de cuantía reducida en proporción al menor esfuerzo contributivo realizado.

También debe tenerse presente que nuestro sistema de la Seguridad Social, en su parcela contributiva, tiene un carácter *no universalista* sino *profesionalista*, en tanto que su campo de aplicación personal no se extiende a todos los ciudadanos sino que, en general, viene referido a las personas que realizan una actividad laboral, sea por cuenta ajena o por cuenta propia, (o a otras no laborales pero que se asimilan a ellas), con respecto a las cuales el citado sistema viene a garantizar el suministro (en forma de prestaciones) de rentas de sustitución (en todo o en parte) de las rentas de activo (salarios o retribuciones) que dichas personas puedan dejar de percibir temporal o definitivamente con motivo de contingencias diversas (incapacidad, desempleo, vejez...). Dicha finalidad se obtiene por medio de unas fórmulas de cálculo de las cuantías de las prestaciones económicas que aseguran una determinada proporción de éstas con respecto a los importes de las bases por las que se haya cotizado, las cuales, a su vez, guardan relación con las retribuciones de activo del interesado, objeto de la indicada sustitución. Esto significa, en definitiva, que la cuantía de la pensión viene vinculada (en mayor o menor medida) al nivel de las rentas de activo que en su momento tuvo el pensionista. Desde esta perspectiva, carecería de sentido, y supondría una desnaturalización de la finalidad del sistema, que la Seguridad Social viniera a satisfacer al beneficiario de una prestación contributiva un importe de la misma que superara la cuantía de las rentas de activo; o, lo que es lo mismo, que se diera la paradoja de que las rentas de sustitución excedieran de las sustituidas.

Por lo que a los trabajadores a tiempo parcial se refiere, la regla tercera de la repetida DA 7.^a de la LGSS determina que, a efectos de bases reguladoras de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente, se seguirán las normas generales que rigen para el cálculo de las mismas y que a éstas se habrá de aplicar el porcentaje que corresponda en función de los años teóricos que se atribuyan, conforme al criterio que ya ha quedado expuesto con anterioridad. Esto supone que la cuantía de la pensión estará condicionada a los importes de las bases de cotización del interesado y al período de tiempo durante el que se haya alargado dicha cotización.

Siendo esto así, no parece apropiada la expresión recogida en la sentencia, según la cual, «*si [los trabajadores a tiempo parcial] recibieran una pensión, el importe de ésta se reduciría proporcionalmente en función del tiempo de trabajo y de las cotizaciones pagadas*». De tal afirmación podría extraerse la errónea idea de que en nuestro sistema la pensión de jubilación tiene establecida una cuantía fija y uniforme y que, en el caso de los trabajadores a tiempo parcial, dicha cuantía es objeto de una reducción en proporción a la menor jornada realizada bajo tal modalidad contractual. Pero esto no es así y no se da tal reducción. Lo que sí sucede es que, como se ha indicado, la cuantía de la pensión estará en función de las bases de cotización y de los periodos por lo que se ha cotizado, por lo que, para todos los trabajadores y cualquiera que sea su modalidad contractual, a mayores bases y mayores periodos de cotización resultarán pensiones de mayor importe. Si para este caso particular de trabajadores se rompiera la relación con los indicados elementos referenciales, además de generar efectos discriminatorios con respecto al resto de beneficiarios, podría producirse la consecuencia ya advertida de que la pensión de pasivo resultara de importe superior al de las rentas de activo que vienen a ser suplidas por aquélla, efecto nada anómalo en el campo del aseguramiento privado pero de difícil aceptación en el marco que representa un sistema público y obligatorio de Seguridad Social de las características del nuestro.

Resulta también importante, a los efectos del análisis que se efectúa, destacar la existencia y papel que representan en nuestro sistema los complementos que se reconocen a los beneficiarios de pensiones contributivas, con ingresos que no superen un determinado límite, para garantizar que sus pensiones no sean inferiores al mínimo que en cada momento esté establecido para la clase de pensión de que se trate.

Mediante los denominados **complementos por mínimos** no pocos perceptores de pensiones, que han cotizado poco tiempo o por bases de cotización mínimas (o en ambas circunstancias a la vez) y que en razón a ello habría de reconocérseles el derecho a una pensión con un importe por debajo de la cuantía mínima, resultan beneficiarios de tales complementos, por medio de los cuales se les incrementa lo que habrían de percibir por su pensión para garantizar así que se alcanza dicha cuantía mínima.

Quienes hayan desarrollado toda su vida laboral (o la mayor parte de ella) como trabajadores a tiempo parcial y con jornadas laborales reducidas en su cómputo anual y, como consecuencia, con periodos breves de cotización, parece el colectivo abonado a que, si llegaran a causar derecho a pensión de jubilación, la cuantía de ésta quede por debajo del importe correspondiente a la pensión mínima. Como (es de prever) en no pocos casos tales pensionistas no dispondrán de otros ingresos o, en caso contrario, éstos serán de escasa dimensión, lo habitual será que sea preciso reconocer el derecho a los aludidos complementos por mínimos.

Esta consecuencia implica una desviación del principio de proporcionalidad que demanda el carácter contributivo de esta modalidad de protección (al que anteriormente se hizo alusión), pero deriva asimismo de la consideración de otro de los principios en que se fundamenta el propio sistema, cual es el de solidaridad y garantía de suficiencia, a cuyo reforzamiento se insta igualmente en el Pacto de Toledo (Recomendación XII).

Partiendo de la existencia y perpetuación en el futuro de esta garantía de mínimos, si se flexibilizara el acceso a la pensión de jubilación de manera que se abriera el mismo a quienes por su actividad laboral a tiempo parcial (o por cualquier otra causa) han cotizado

en muy escasa medida, se quebraría por completo esa pretendida proporcionalidad y se dispararía el número de perceptores de pensiones mínimas, a las que se llegaría con independencia del mayor o menor esfuerzo contributivo que hubieran realizado los interesados, lo que traería consigo un notable incremento en el capítulo de gastos del presupuesto de la Seguridad Social, con independencia de que tales complementos, por su naturaleza no contributiva, hayan de ser financiados no por cuotas sino por aportaciones finalistas del Estado (según determina el artículo 86.2.b) de la LGSS).

El derecho o no a tales complementos en los supuestos que se analizan es una cuestión espinosa que queda apuntada pero sin resolver en la repetida sentencia en la que se ha reconocido a la interesada la pensión demandada. En el último Fundamento de Derecho de tal sentencia se efectúa una precisión para advertir que el pronunciamiento judicial atañe exclusivamente (al igual que sucede con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según se matiza) a la prestación contributiva por jubilación, no produciéndose declaración alguna en torno al *«hipotético derecho de la demandante ... al complemento necesario para alcanzar la cuantía mínima de la pensión de jubilación (“complemento por mínimos”) ... complemento [que] constituye una prestación del sistema de la Seguridad Social, pero integrada en el nivel asistencial o no contributivo»* (FJ X).

Debe entenderse que, sin necesidad de una declaración judicial al efecto, una vez reconocido el derecho a la pensión en cuestión, tal y como se lleva a efecto en el fallo de la sentencia, no habría amparo normativo alguno para excepcionar dicha pensión de la aplicación del régimen jurídico común a todas las pensiones contributivas de la Seguridad Social (regulado en el artículo 50 de la LGSS y en las correspondientes previsiones anuales contenidas al respecto en la Leyes de Presupuestos Generales del Estados y en los Reales Decretos de revalorización de prestaciones de la Seguridad Social). A tenor del mismo, si el importe de las pensiones a reconocer no alcanza un determinado mínimo y el beneficiario puede acreditar ciertos requisitos (residencia en territorio español y no disposición de ingresos o rentas que superen una cierta cuantía), los beneficiarios tendrán derecho a que les sea reconocido el complemento en la cuantía precisa para que se garantice que lo finalmente percibido alcanza el indicado mínimo. Esta es la suerte que cabe suponer ha debido correr la pensión en cuestión y que habrán de seguir las que, con igual fundamento, puedan ser reconocidas en el futuro, a menos que se decidiera excluirlas por vía legal del beneficio de los complementos por mínimos.

La eliminación de la aplicación de los complemento por mínimos en estos supuestos sería una de las posibilidades que se habrían de valorar a la hora de acometer las reformas que hayan de introducirse. Esta opción, que implicaría ciertamente alteraciones en el modelo en que se basa nuestro sistema, no exoneraría de la necesidad de establecer en todo caso un mínimo de esfuerzo contributivo a efectos de acceder al derecho a pensión, con el fin de evitar el reconocimiento de cuantías que, por su escasez, no vinieran a representar un contenido real de eficacia protectora.

5. Conclusiones finales

El complejo problema por resolver y con respecto al cual el Tribunal europeo no efectúa aportación alguna (habrá de ser una cuestión a dilucidar por la legislación interna de

nuestro país) consiste en hallar la fórmula ideal que garantice la protección adecuada por la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, evitando al mismo tiempo situaciones de discriminación con el resto de trabajadores acogidos a otras modalidades contractuales y perturbaciones en el necesario equilibrio financiero del sistema. No es ésta una cuestión novedosa en nuestro país sino que se viene planteando, desde hace ya tiempo, tanto por parte de la doctrina científica como en el seno de nuestro Parlamento. Entre las varias iniciativas surgidas en el ámbito de este último, debe recordarse que en la no lejana tramitación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, se incluyó, por vía de enmienda, la disposición adicional vigésima novena, en virtud de la cual se encomienda al Gobierno para que en el plazo de un año (que vencerá el 31 de diciembre de 2013) presente **«un proyecto de ley que mejore la consideración de los periodos cotizados de los trabajadores a tiempo parcial y en los contratos fijos discontinuos»**, con el fin de conseguir una mejora de la protección social de los afectados por tales modalidades contractuales.

Las distintas tentativas proyectadas con anterioridad han resultado fallidas previsiblemente por las dificultades (insuperables en apariencia) para encontrar una solución que dé satisfacción conjunta a los expresados objetivos.

De entre todas las posibles opciones, la que se ha venido planteando con un cierto predicamento ha sido la de considerar cada día trabajado como día cotizado, con independencia de la duración que haya tenido la jornada de ese día, opción que fue la adoptada a efectos de la protección por desempleo (artículo 3.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril). Este fue el criterio que, por analogía y antes de regularse la materia por norma de adecuado rango, fue aplicado por la jurisprudencia (a partir de la STS de 26 de mayo de 1993).

Pero tampoco parece que tal fórmula resulte satisfactoria. Además de lo dudosamente equitativo que puede ser el otorgar igual tratamiento cuando la jornada de trabajo diaria ha sido de una hora que cuando la misma se ha alargado a ocho (lo que da ocasión a cuantías muy diferentes en la cotización a satisfacer), dicha fórmula puede ofrecer resultados desproporcionados e injustos en función de cómo se lleve a término la distribución de los tiempos de trabajo. Así, poniendo un ejemplo de entre los varios posibles, quien realizara su trabajo en jornadas de una sola hora durante todos los días de un mes, figuraría como que ha cotizado el mes completo, mientras que quien durante ese mismo mes hubiera tenido cuatro horas como jornada laboral pero prestada en días alternos sólo acreditaría medio mes de cotización, es decir, la mitad que el anterior no obstante haber trabajado (y cotizado) exactamente el doble.

La solución ideal que satisfaga armónicamente los distintos objetivos que se pretenden conseguir sigue pendiente de ser descubierta.

Para finalizar, puede ser de interés efectuar dos recordatorios.

Resulta evidente que la denegación de la pensión de jubilación en el caso que la sentencia que se analiza no necesariamente habría supuesto que la interesada no hubiera podido obtener protección a cargo de la Seguridad Social por otras vías. Sería el caso de la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva, modalidad de protección que fue implantada en nuestro sistema con la finalidad, precisamente, de favorecer a **«aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad protegible, carezcan de recursos**

económicos propios suficientes para su subsistencia...[y que] no hayan cotizado nunca o el tiempo necesario suficiente para alcanzar prestaciones del nivel contributivo, por la realización de actividades profesionales» (según se expresa en el preámbulo de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecieron en el sistema de la Seguridad Social la modalidad de pensiones no contributivas). Es decir, que, a diferencia de lo que acaecía en el pasado, aun cuando no se haya cotizado nunca o se haya hecho sólo por períodos breves (inferiores a los períodos de carencia exigidos en cada caso), es posible en la actualidad conseguir el derecho a una pensión (por jubilación o por invalidez) del repetido sistema, de naturaleza no contributiva, en tanto se reúnan los requisitos pertinentes (65 años de edad, residencia y limitación en los ingresos o rentas disponibles, por lo que a jubilación se refiere).

En la hipótesis de que la interesada hubiera cumplido con los aludidos requisitos para ser beneficiaria de esta modalidad de protección, en la fecha en la que se dictó la sentencia por la que se le reconoció el derecho a pensión (el 30 de noviembre de 2012) podría haber gozado de una pensión de jubilación no contributiva de 5.007,80 euros en cómputo anual, lo que equivaldría a 357,7 euros mensuales; es decir, una cuantía que rebasa en 217,66 euros la de 140,04 euros mensuales que le fue reconocida por el Juzgado de lo Social en concepto de pensión de jubilación contributiva. Elocuente dato que vendría a relativizar tanto la tan invocada ausencia de protección por la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial (que no es tal, aunque venga por la vía de las pensiones no contributivas, cuando se acredita estar en el estado de necesidad que el legislador considera digno de amparo), como el criterio de que la protección haya de ser obtenida a toda costa y como mejor o única opción mediante prestaciones de carácter contributivo.

Y parece apropiado concluir rememorando en su literalidad la idea plasmada en el apartado 3 del voto particular formulado por el Magistrado Conde Martín de Hijas respecto de la ya citada STC 253/2004: *«No puede perderse de vista que el sistema de la Seguridad Social se monta sobre una base contributiva, aunque no estrictamente sinalagmática, y sobre todo sobre unas bases explícitas de solidaridad. En ese marco general es fenómeno común que no toda cotización tiene una concreta utilidad para el que la soporta. Todos los que, cotizando a jornada completa, no llegan, no obstante, a cubrir los períodos de carencia precisos para el devengo de determinadas prestaciones, “pierden” sus cotizaciones sin obtener contraprestación. Y ello, pese a que la suma de sus cotizaciones pueda ser mucho más elevada que de la de quienes con las suyas sí llegan a cubrir dichos períodos, y a obtener prestaciones, que los primeros no alcanzan ... Estas aparentes “pérdidas” de cotizaciones, que serían inaceptables en un sistema de sinalagmaticidad pura, tienen su propia lógica y justificación en un sistema de solidaridad, en el que cada uno cotiza, no para el propio beneficio, sino para el beneficio colectivo; en el que las cotizaciones actuales de los unos son el soporte financiero de las prestaciones actuales de los otros; y en el que la acción protectora del sistema se configura sobre la base de contingencias múltiples, para cada una de las cuales se establecen requisitos de mayor o menor rigor, que en relación con cada una de ellas se fijan en términos precisos e iguales»*. Tales consideraciones llevaron a su autor a discrepar del sentir mayoritario del Pleno del Tribunal en su declaración de inconstitucionalidad y a concluir afirmando que *«en un sistema tal cuestionar la constitucionalidad de un requisito de la prestación (el “período de carencia”), partiendo de la distinta onerosidad del mismo en relación con*

situaciones asimismo distintas... me parece que es abrir una vía peligrosísima de desintegración del sistema».

Habría, en consecuencia, que ajustar en lo que sea menester nuestra legislación interna para su adaptación a las exigencias de proporcionalidad demandada por el Tribunal europeo (y difíciles de concretar en la práctica), pero con la cautela precisa que elimine ese riesgo, del que se advierte, de llegar a provocar una desintegración de nuestro sistema de la Seguridad Social, pilar incuestionable de nuestro modelo de Estado de Bienestar.

EL PACTO DE TOLEDO Y LA FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. AVANCES RECIENTES Y CUESTIONES ABIERTAS A DEBATE

JAVIER AIBAR BERNAD

*Funcionario perteneciente al Cuerpo Superior de Técnicos de la Seguridad Social
Ex Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social*

RESUMEN

Completo estudio en el que Javier Aibar Bernad nos pone en antecedentes de las diferentes etapas del Pacto de Toledo, centrándose en el problema de la financiación. La viabilidad futura de la Seguridad Social es uno de los temas actuales más preocupantes de la nación, para lo cual, deben afrontarse una serie de medidas que garanticen su estabilidad: la separación de fuentes de financiación, la modificación de los tipos de cotización, la regulación del Fondo de Reserva, la integración de regímenes, o la modernización de la gestión administrativa son algunos de estos avances recientes que el autor nos va desgranando en su análisis.

Palabras claves: Seguridad Social, Pacto de Toledo, financiación, Cotización, Regímenes de la Seguridad Social

ABSTRACT

Complete study in which Javier Aibar Bernad puts us in the picture of the different stages of the Pact of Toledo, focusing in the problem of financing. The future viability of the Social Security is one of the current worrying topics in the nation, for which, a series of measures should be faced up in order to guarantee its stability: the separation of financing sources, the modification of the contribution types, the regulation of the Reserve Fund, the integration of schemes, or the modernization of the administrative management are some of these recent improvements that the author spells out in his analysis.

Keywords: Social Security, The Pact of Toledo, financing, Contribution, Social Security Scheme

Fecha de recepción: 16/4/2013

Fecha de aceptación: 16/4/2013

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. LAS ETAPAS DEL PACTO DE TOLEDO.
 - 1.1. El texto de 1995.
 - 1.2. Los progresos iniciales del Pacto de Toledo: el informe de 2003.
 - 1.3. El último informe de renovación del Pacto de Toledo de 2011.
2. LA CRISIS ECONÓMICA Y SU INFLUENCIA EN LAS RECOMENDACIONES DEL PACTO DE TOLEDO SOBRE FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE LABORAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL.

- 2.1. Las repercusiones de la crisis económica.**
 - 2.2. El control y la corrección del fraude laboral y a la Seguridad Social.**
 3. ACTUACIONES ORIENTADAS A LA DEFINITIVA SEPARACIÓN DE FUENTES DE FINANCIACIÓN.
 4. LA POSIBLE MODIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE COTIZACIÓN COMO FACTOR DES-EQUILIBRANTE DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE FUENTES.
 5. LA MEJORA CONTINUA DE LAS BASES DE COTIZACIÓN.
 6. LA ACTUAL REGULACIÓN DEL FONDO DE RESERVA Y LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN NUEVO MARCO NORMATIVO.
 7. LA INTEGRACIÓN DE LOS RÉGIMENES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.
 - 7.1. El reto de la integración.**
 - 7.2. La Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo.**
 - 7.3. La integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.**
 - 7.4. La integración de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario en el Régimen General de la Seguridad Social.**
 - 7.5. La integración del Régimen Especial de Empleados del Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social.**
 - 7.6. Balance de los procesos de integración.**
 8. LA MODERNIZACIÓN DE LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LOS NUEVOS SERVICIOS DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA.
 9. HACIA UNA AGENCIA PARA LA SEGURIDAD SOCIAL.
-

INTRODUCCIÓN

Es de sobra conocida la importancia que para el sistema español de Seguridad Social tiene el denominado Pacto de Toledo. Si concentramos su relevancia en una sola idea, podemos afirmar que ha permitido sentar unas bases firmes que garantizan la sostenibilidad de la protección social en nuestro país.

Actualmente siguen vigentes los fundamentos sobre los que se constituyó este Pacto en 1995, que consistieron en el compromiso definitivo con un sistema solidario y de reparto, basado en las contribuciones de empresarios y trabajadores, cobrando especial relevancia la separación de fuentes de financiación, todavía lejana en el momento en que se suscribió el Pacto de Toledo.

A partir de 1995, se estableció una nueva forma de afrontar el futuro de la Seguridad Social, lo que indudablemente supuso un sistema más racional, más previsor y más protector. Por ello, en la actualidad, todos los partidos políticos con representación parlamentaria y los agentes sociales, comparten una idea común sobre el estado del sistema de pensiones, cuya fortaleza es generalmente aceptada, a pesar de la crisis económica que

padecemos hace más de cinco años, que está afectando a sus indicadores de gestión, pero no a su viabilidad futura.

Persiste por tanto la idea de que el Pacto de Toledo sirve de amortiguador ante las alternancias políticas, de manera que estas afecten mínimamente a la Seguridad Social, más aún en los momentos de crisis económica. Esta necesidad fue puesta de manifiesto en las sesiones de trabajo desarrolladas en la última renovación del Pacto de Toledo, culminada en 2011, en las que se enfatizó la necesidad de consenso para llevar a cabo las reformas necesarias que, en caso de la Seguridad Social, requieren una proyección temporal a largo plazo.

Apreciando las fases por las que ha atravesado el Pacto, los debates que lo han enriquecido y las medidas que se han adoptado hasta la actualidad, obtendremos una visión más certera sobre la evolución de nuestro sistema de Seguridad Social.

1. LAS ETAPAS DEL PACTO DE TOLEDO

1.1. El texto de 1995

El Pleno del Congreso de los Diputados, en la sesión celebrada el día 15 de febrero de 1994, aprobó la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), por la que se creaba una Ponencia con la finalidad de elaborar un Informe, que analizase los problemas estructurales del sistema de Seguridad Social, e indicase las principales reformas que deberían acometerse en adelante, para garantizar la viabilidad del sistema público de pensiones, incluyéndose para ello una serie de recomendaciones.

La Proposición no de Ley puso énfasis en los crecientes déficits en que incurría el sistema, lo que podía comprometer gravemente el futuro de la sostenibilidad de la Seguridad Social. Por ello se consideró necesario analizar la financiación y su proyección futura, previendo las medidas que deberían adoptarse para mitigar el déficit.

El informe que elaboró la Ponencia se conoció como Pacto de Toledo, y fue aprobado por la Comisión de presupuestos del Congreso de los Diputados el 30 de marzo de 1995 y, posteriormente, en el Pleno de 7 de abril.

Las causas que daban lugar a la inquietud por la viabilidad futura de la Seguridad Social, ya habían sido objeto de debate con anterioridad al Pacto de Toledo. Preocupaba la ausencia de separación de fuentes de financiación, la existencia de regímenes especiales deficitarios, la cotización por bases inferiores a los salarios reales, que a su vez provocaba la existencia de pensiones de bajos importes y, en general, la anómala situación que generaba el hecho de que el Régimen General cargase con el peso económico de la protección social, (entendida en un sentido amplio), otorgada en aquel momento. Era evidente que un sistema como el configurado, implicaba un enorme coste de financiación para el presupuesto de la Seguridad Social, frente a la muy inferior aportación del Estado; por lo que, de persistir esta situación, estaba avocado a una quiebra.

Algunas de estas cuestiones se afrontaron en la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, cuya exposición de motivos disponía que a

partir de entonces, el Estado asumiría en gran medida el coste financiero proveniente de la protección a la salud, mediante una aportación finalista destinada a cubrir este tipo de prestación, aunque otra parte importante seguiría siendo financiada con cotizaciones sociales.

La Ley 37/1988 también hizo referencia, en su artículo 9, a la cobertura económica de los complementos mínimos de las pensiones, disponiendo el tipo de aportación que le correspondía efectuar al Estado.

Originariamente, el Pacto de Toledo, recogió en 15 recomendaciones el diagnóstico de los problemas del sistema y soluciones sugeridas al Gobierno para su superación.

Varias recomendaciones hacían referencia a la financiación de la Seguridad Social, propugnando la progresiva separación de fuentes, la mejora de las bases de cotización para hacerlas coincidir con los salarios reales y la reducción del número de Regímenes Especiales, aunque mientras este objetivo no se culminara, se proponían avances en la acción protectora y las aportaciones a esos Regímenes. Otra medida de corte financiero, fue la constitución de reservas. Hubo otras de carácter complementario, como la mayor integración de las funciones de la gestión, la mejora de los mecanismos de recaudación de cuotas y la lucha contra la economía sumergida.

Distintas propuestas estuvieron centradas en los cambios que debían llevarse a cabo para la mejora de las prestaciones, incidiendo en argumentos relacionados con el incremento del esfuerzo de cotización, el refuerzo del principio de solidaridad o el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones. También se incorporó una llamada de atención a la conveniencia de facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa.

Estos fueron a grandes rasgos los fundamentos en los que se basó el originario Pacto de Toledo de 1995, que, con el paso del tiempo, han servido de hoja de ruta de los cambios que se han producido en nuestra Seguridad Social. Aquel primer Informe sentó unas importantes bases, para comenzar a progresar en una serie de iniciativas que se trasladaron al Gobierno, con el objetivo de consolidar y mejorar el sistema público de pensiones.

Podemos observar que los asuntos que ya entonces preocupaban, no sólo a los grupos parlamentarios, sino a la sociedad en general, siguen vigentes en gran medida, pero no por falta de avances, que han sido muchos y loables, sino porque se trata de mejoras de nuestra Seguridad Social que deben ser concluidas en algunos casos y en otros revisadas de forma permanente.

El Pacto de Toledo, previendo una realidad cambiante, dispuso en su última recomendación que, tanto el Gobierno como el Parlamento, realizasen un seguimiento y evaluación periódica de la evolución de las magnitudes que incidían en el equilibrio financiero del sistema. Para ello debería constituirse, cada cinco años, una Ponencia que estudiase el presente y el futuro del sistema, prestando atención especial a las consecuencias de las reformas normativas.

En junio de 2000, el Gobierno presentó ante el Congreso de los Diputados un informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo, que recogió las medidas adoptadas hasta entonces en materia de Seguridad Social. Los debates parlamentarios, concluyeron el 3 de octubre de 2003, fecha en la que se aprobó el primer Informe sobre el seguimiento de las recomendaciones del Pacto de Toledo.

1.2. Los progresos iniciales del Pacto de Toledo: el Informe de 2003

En el año 2000, cuando la Comisión del Pacto de Toledo comenzó los trabajos de renovación, constató avances en la clarificación de las fuentes de financiación, según la naturaleza de las prestaciones fuese contributiva o no contributiva, aunque reiteró que seguía pendiente la conclusión de la separación de fuentes y la culminación de la asunción del coste de los complementos a mínimos por parte de los Presupuestos Generales del Estado.

En relación con la garantía de la cobertura de las prestaciones contributivas, se hizo una mención especial a la fijación del tipo de cotización, que según la Comisión debería ser suficiente para financiar el gasto en pensiones.

De la previsión de 1995 sobre la constitución de reservas que sirviesen para atenuar los efectos de los ciclos económicos, surgió más adelante el Fondo de Reserva de la Seguridad Social como garante del equilibrio presupuestario del sistema. En el Informe de 2003 se reiteró que el Fondo suponía un factor de estabilidad del sistema, que evitaría recurrir, en las fases bajas del ciclo económico, a la reducción de las prestaciones o al incremento de las cotizaciones. El momento en el que finalizaron los debates parlamentarios de renovación del Pacto de Toledo, coincidió con la promulgación de la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva.

En este conjunto de valoraciones sobre el cumplimiento de las recomendaciones fijadas en 1995, se reconoció que se había iniciado una aproximación de las cotizaciones de algunos Regímenes del sistema, hecho que guardaba una relación directa con la mejora de los niveles de protección. Asimismo se estimó alcanzado el objetivo de 1995, para la fijación de un único tope máximo de cotización para todas las categorías laborales

La Comisión apremió para que se produjeran avances sustanciales en la equiparación de la protección otorgada por los distintos Regímenes y se simplificase la estructura del sistema, e insistió una vez más, a través de sus recomendaciones, en la necesidad de seguir reforzando el principio de contributividad, para preservar el equilibrio financiero de la Seguridad Social. Y del mismo modo, consideró importante seguir avanzando en los principios de solidaridad y de garantía de suficiencia de las pensiones.

Se apreciaron avances en el propósito de ampliar la permanencia de los trabajadores en el mercado de trabajo, a la vez que se perseveraba en la idea de que debía procurarse una aproximación entre la edad real y la legal de jubilación, y facilitar la prolongación de la actividad laboral, como indicaba ya el Informe de 1995.

Sobre la gestión del sistema, el Informe de 2003 fue más explícito que el de 1995, al exponer con mayor detalle el modelo de Administración que debía alcanzarse, teniendo que primar una mayor integración y racionalización de las funciones de afiliación, de recaudación y de gestión de las prestaciones de la Seguridad Social.

Objeto de atención fue también la financiación de las bonificaciones en las cotizaciones que, según aconsejaba el Pacto de Toledo, debía ser atendida a través de los Presupuestos Generales del Estado, dado que una adecuada política en esta materia sería un instrumento útil para favorecer la incorporación o la permanencia de algunos colectivos en el mercado de trabajo, lo que repercutiría positivamente en el sistema.

Por último, se dispusieron varias recomendaciones adicionales cuyo contenido no formaba parte del bloque dedicado al sistema contributivo, aunque afectaban al concepto más amplio de protección social. Hacían referencia a los avances en las políticas de igualdad, de conciliación de la vida laboral y familiar, a la necesidad de configurar un sistema que abordase el fenómeno de la dependencia, a los progresos sobre ayudas a las personas con discapacidad, y a la inmigración como desafío social y como contribución a la estabilidad del sistema de protección social del futuro.

En el informe de 3 de octubre de 2003, elaborado tras el análisis de la primera etapa del Pacto de Toledo, la Comisión no Permanente incluyó una cláusula por la que se solicitaba que, transcurridos cinco años, se procediese a una revisión general del grado de cumplimiento de las recomendaciones.

Por ello, el 22 de abril de 2008, se convocó una nueva Comisión Parlamentaria de Seguimiento y Evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, que elaboró un nuevo Informe, validado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 25 de enero de 2011, previa aprobación por la Comisión no Permanente el 29 de diciembre de 2010. Tendremos ocasión de analizar tanto el Informe, como las aportaciones realizadas en las sucesivas comparecencias desarrolladas en las sesiones que se celebraron durante esos casi tres años.

1.3. El último Informe de renovación del Pacto de Toledo de 2011

El procedimiento de trabajo establecido para la renovación del Pacto de Toledo de 2008, al igual que en las dos renovaciones anteriores, consistió en que inicialmente la Comisión examinase el Informe que debía presentar el Gobierno y, posteriormente las aportaciones realizadas por los expertos invitados a participar a lo largo de las sesiones, (entre los que se incluyeron representantes de las organizaciones económicas y sociales, de la Universidad y de organismos nacionales e internacionales, entre otros).

Con la información obtenida, la Comisión elaboró su propio Informe, en el que exponía el diagnóstico de la situación y el conjunto de recomendaciones que debían ser analizadas por el Gobierno, sin que fuesen desarrolladas detalladamente las reformas propuestas, con la idea de no cerrar la posibilidad de obtener un consenso. Por último, el informe sería elevado al Congreso de los Diputados para su aprobación.

El inicio de las sesiones para la última renovación del Pacto de Toledo, tuvo lugar con la comparecencia del entonces Secretario de Estado de la Seguridad Social Octavio Granado Martínez, que presentó, en noviembre de 2008, el informe inicial del Gobierno al que me acabo de referir, sobre el seguimiento de las recomendaciones. A esta intervención siguieron, hasta llegar a la aprobación del nuevo Informe, 77 comparecencias, que se distribuyeron entre 40 sesiones de trabajo de la Comisión.

Este documento del Gobierno fue el punto de partida para los debates que se sucedieron después. En ese trabajo se presentó un análisis de las medidas y del conjunto normativo que se habían ejecutado en los cinco años anteriores, para dar cumplimiento a las recomendaciones. Se defendió la tarea permanente que exige el mantenimiento de la sostenibilidad del sistema, algo que requiere la adopción de un conjunto de reformas siempre moderadas, para no alterar la seguridad jurídica de los ciudadanos, ni crear alarma social.

Durante el tiempo transcurrido entre las dos renovaciones, se optó por realizar unas reformas graduales y de carácter racionalizador del Sistema de Seguridad Social, buscando siempre reforzar el sistema de reparto.

En el ámbito de la financiación, el Informe del Gobierno hizo referencia a los progresos que había experimentado el sistema, tanto en número de trabajadores en alta, como en la estabilidad de las carreras de cotización. Junto a lo anterior, se verificaba la mejora en las bases de cotización, en la acción recaudatoria y en la disuasión del fraude.

También se apuntaba una mejora en la consolidación de la separación de fuentes de financiación de la Seguridad Social, sobre la que había logrado importantes resultados, puesto que los Presupuestos Generales del Estado financiaban las prestaciones del sistema nacional de atención a las situaciones de falta de autonomía personal y de dependencia, las bonificaciones de cuotas de Seguridad Social, y las aportaciones del Estado para asumir una porción del coste de los complementos a mínimos de las pensiones, que habían experimentado un progresivo incremento.

Resaltaba el Informe del Gobierno el sensible incremento del Fondo de Reserva, que al inicio de los trabajos de la renovación del Pacto, alcanzaba la cifra de 56.000 millones de euros. En gran medida, este importante incremento se atribuía a la mejora de la recaudación obtenida por el crecimiento del empleo, y por control del fraude, tanto laboral como de la Seguridad Social y sus efectos inducidos.

De la evolución de la acción protectora, se destacaron en ese balance los esfuerzos en la gestión financiera y de adecuación de la normativa. Tal empeño se tradujo especialmente, según el citado Informe, en reformas para mejorar las prestaciones por incapacidad y las pensiones mínimas en general.

Este fue, por consiguiente, el marco de referencia de la situación del sistema de Seguridad Social, cuando dio comienzo la segunda renovación del Pacto de Toledo, de la que surgieron renovados mandatos para el Gobierno.

En el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Congreso de los Diputados el día 25 de enero de 2011, se plasmaron unas recomendaciones actualizadas, que reiteraron prácticamente todas las anteriores, desapareciendo la distinción entre recomendaciones básicas y adicionales, atribuyéndose a todas la misma trascendencia.

Figuraron otras nuevas, con menciones más explícitas que las reflejadas en documentos anteriores, como la que defendió la adopción de medidas para mejorar el control, la eficacia y la modernización de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, la que propugnó la reordenación del tratamiento fiscal de las pensiones, la que la hizo referencia al control parlamentario y el tratamiento presupuestario de los recursos de la Seguridad Social o, la que recogió la exigencia de revisión del grado de cumplimiento de las recomendaciones (aunque este propósito ya había quedado reflejado en el informe de 2003, no tanto como recomendación, sino en un epígrafe aparte).

Fruto de las discusiones de los grupos políticos parlamentarios, y de las aportaciones que se efectuaron por los expertos que acudieron a exponer sus criterios y opiniones a la Comisión no Permanente, en el texto del informe encontramos algunas consideraciones muy interesantes, abiertas al debate. Me refiero a asuntos susceptibles de cierto grado de controversia, como era alcanzar en aquel momento la definitiva separación de fuentes

financieras, la oportunidad o no de modificar los tipos de cotización, la liquidación de las deudas existentes entre la Seguridad Social y el Estado, la oportunidad de modificar el marco normativo del Fondo de Reserva, la culminación del proceso de simplificación de regímenes, la modernización administrativa de la Seguridad Social o, por último, la intensidad alcanzada respecto a la solidaridad y la garantía de suficiencia del sistema de Seguridad Social.

A gran parte de estas cuestiones dedicaré los puntos que desarrollo a continuación en el resto de este trabajo.

2. LA CRISIS ECONÓMICA Y SU INFLUENCIA EN LAS RECOMENDACIONES DEL PACTO DE TOLEDO SOBRE FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. EL CONTROL Y LA CORRECCIÓN DEL FRAUDE LABORAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL

2.1. Las repercusiones de la crisis económica

Durante el desarrollo de los trabajos y comparencias que tuvieron lugar en el largo periodo de tramitación de la última renovación del Pacto de Toledo, hubo múltiples referencias al impacto que podría tener la crisis económica en la toma de decisiones futuras en materia de Seguridad Social. Conviene tener presente que, cuando se desarrollaron parte de esas sesiones, la crisis económica no había mostrado todavía toda su crudeza y los asistentes a la Comisión no Permanente confiaban, tal como quedó recogido en sus intervenciones, en que los problemas sociales y económicos existentes en aquel momento podían haber llegado ya a su punto más álgido.

Frente a las complicaciones derivadas de la coyuntura económica, la mayoría de los intervinientes en la Comisión defendieron que lo apropiado era no caer en precipitaciones, y tratar de llegar a un consenso que diese lugar a reformas graduales, para preservar la sostenibilidad del sistema y reforzar el principio de reparto, respetando en todo momento los derechos adquiridos de los actuales pensionistas.

De otra parte, se sugirió reiteradamente que se adoptasen medidas que contribuyesen al crecimiento del empleo y en consecuencia, a la mejora de los indicadores de la Seguridad Social. Se mencionaron diversas medidas de índole económica, de empleo, demográficas o de igualdad. En relación con esto último, se subrayó que la viabilidad del conjunto del sistema público de protección social de nuestro país, constituido no sólo por las prestaciones contributivas, sino también por el resto de prestaciones no contributivas, y por los servicios sociales y la sanidad, dependía en buena medida de la disposición de un sistema productivo más capaz, con un crecimiento equilibrado y firme.

Ya conocemos el alcance de la grave crisis económica que afecta a nuestro país y al entorno europeo desde hace más de cinco años, que ha repercutido muy negativamente en la evolución del estado financiero de la Seguridad Social. Los efectos de la crisis se han traducido en la acusada disminución de cotizantes y de la recaudación de recursos, en el aumento de la morosidad y, de manera tal vez menos tangible, en la desconfianza en la solvencia de la caja de la Seguridad Social.

Debe llamarse la atención acerca de la existencia de campañas que tratan de debilitar la percepción de los ciudadanos sobre los avances de la Seguridad Social. Sin duda son conductas reprochables, que tienen como único fin la búsqueda de lucro particular, aún a costa de crear una alarma social innecesaria. Por ello, es necesario que los miembros que forman parte del Pacto de Toledo se hagan eco de este hecho y adopten alguna iniciativa que sirva para contener este tipo de interferencias. Como argumentó el Director del Departamento de Economía Aplicada de la Facultad de Ciencias Económicas de País Vasco, Felipe Serrano Pérez (en comparecencia de 9 de junio de 2009), *“lo que verdaderamente ha entrado en crisis no es la Seguridad Social, sino el sistema económico”*.

Un repaso de la reciente evolución experimentada por las principales magnitudes de la Seguridad Social española, permite identificar los retos que continúan demandando soluciones, algo a lo que no ha sido ajeno el Pacto de Toledo en sus etapas anteriores.

La cifra de trabajadores en alta ha registrado acusadas oscilaciones en los últimos 10 años. A principios de la pasada década, el número de cotizantes era adecuado para el pago de las prestaciones contributivas del sistema. En el año 2002, esa cifra llegó a 16.171.000 activos, viéndose incrementada sustancialmente en los años 2006 y 2007, hasta alcanzarse en este último ejercicio 19.231.000 cotizantes medios, debido especialmente a dos factores clave a los que ya he hecho mención: la positiva evolución económica por la que travesaba España en aquellos años y el proceso de normalización de inmigrantes, que permitió el afloramiento de cerca de 600.000 empleos provenientes de la economía informal. Lejos queda la añorada tasa de desempleo del 7,9% registrada en 2007.

Los excelentes datos de aquellos años dieron lugar a que la ratio que mide la proporción entre cotizantes y pensionistas se situara en el 2,71, la mayor de toda la serie histórica. Sin embargo, a partir de finales del año 2008, los efectos de la crisis se trasladaron a los datos de afiliación, comenzando a descender bruscamente el número de cotizantes medios, desde los 19.136.000 contabilizados ese año, hasta 16.179.438 afiliados medios en alta registrados en enero de 2013. Esto ha afectado lógicamente a la mencionada ratio, que ha registrado niveles más bajos, alcanzando una cifra algo inferior a la de 2 cotizantes por cada pensionista.

Tras estos números se pone de manifiesto la situación en que se encuentra el sistema de Seguridad Social, ya que el hecho de que haya menos cotizantes, representa una mengua de ingresos para seguir haciendo posible el sistema de reparto, conforme a como está configurada la estructura actual del sistema. A pesar de todo, además de los activos del Fondo de Reserva, existen otro tipo de posibles recursos que conviene explorar, sin que ello exija ningún cambio de los principios de nuestro modelo de Seguridad Social. Los avances en tal sentido dependen, en gran medida, de la voluntad política y del esfuerzo que se dedique al estudio de fuentes de financiación complementarias.

Todos estos factores, sin duda, han incidido en los Presupuestos de la Seguridad Social para 2013, donde se contempla una reducción de los ingresos por cuotas de un 0,43%, aunque el descenso podría ser mayor. Lo último está además en consonancia con las previsiones establecidas por el propio Gobierno para este año, en las que estima una reducción del nivel de empleo del 5% y un incremento de los salarios que no superará el 1,5%.

De otra parte, hay que considerar igualmente los aplazamientos de cuotas que se autorizan a las empresas, que en muchas ocasiones se ven abocadas a solicitarlos a consecuen-

cia de problemas de liquidez, que tienen su origen en la crisis económica. En el año 2012 las cantidades aplazadas sumaron más de 2.200 millones de euros, cifra que seguramente no diferirá demasiado de la que se alcance en 2013.

Junto a lo anterior, se encuentran las medidas adoptadas por el conjunto de las Administraciones Públicas, que asimismo tienen una doble repercusión, de un lado por el notable debilitamiento de las inversiones públicas, importantes dinamizadoras de la economía, y de otro por la congelación, cuando no la rebaja, de los salarios de los empleados públicos.

No son estos los únicos problemas a los que se enfrenta nuestra Seguridad Social. A la profunda crisis que estamos soportando, debemos añadir lo poco operativa que ha resultado la reforma laboral diseñada por el actual Gobierno, llevando aparejada entre otras consecuencias negativas, el aumento de la flexibilidad para permitir a las empresas recurrir a los despidos, como lo demuestra la creciente reducción de empleo. Si a ello unimos la política económica puesta en marcha con muy dudosos resultados, podemos concluir que todo este conjunto de adversidades está provocando, entre otros efectos, un debilitamiento de la negociación colectiva y de la capacidad salarial de los trabajadores, lo que llevado al terreno de la Seguridad Social, supone también una disminución de las bases de cotización, cuya evolución anual es determinante para el devenir de la recaudación.

A ello hay que añadir que, por segundo año consecutivo, el salario mínimo interprofesional va a seguir estancado, ya que en 2012 no experimentó ningún incremento y, para 2013, el Gobierno decidió un crecimiento testimonial del 0,6%. Es sabido que, al constituir el salario mínimo interprofesional un punto de referencia para las bases por las que se cotiza, su evolución tiene una importante repercusión en la tasas de crecimiento de los ingresos del sistema, que en el momento actual se verán perjudicados por su congelación.

Desde mediados de la década pasada, el salario mínimo interprofesional experimentó por primera vez crecimientos similares a los de las pensiones mínimas, con lo que se obtuvo una correspondencia entre aportaciones y pensiones. Los incrementos superaron anualmente el 5% hasta el año 2010, ejercicio en el que sufrió un acusado descenso, quedando el incremento del Salario Mínimo Interprofesional en un 1,5%. En estos momentos la corriente doctrinal mayoritaria considera que, la incidencia en el mantenimiento del nivel de empleo de un incremento sostenido del salario mínimo interprofesional no es significativa.

La crisis económica también ha afectado a la evolución última del superávit, que depende de varios factores, algunos de los cuales acabo de señalar. Desde el año 2002, el superávit de la Seguridad Social se incrementó, coincidiendo con el gran avance logrado en la separación de fuentes, cuando el Estado pasó a financiar con ingresos tributarios la sanidad y los servicios sociales, constatándose en ese año en las cuentas de la Seguridad Social un superávit del 0,89% sobre el PIB (8.608 millones de euros), que se incrementó hasta el 1,34% del PIB en 2008 (14.357 millones de euros), para situarse en un porcentaje ligeramente negativo del 0,09% sobre el PIB en 2011 (900 millones de euros), a consecuencia de la persistencia de los efectos de la crisis.

Al cierre de este trabajo la Intervención General de la Seguridad Social todavía no había facilitado el dato definitivo del resultado de las cuentas del ejercicio de 2012, aunque la Secretaría de Estado de la Seguridad Social ya informó que el cierre provisional del ejercicio registró un déficit de 10.131 millones de euros, saldo que equivale al 0,96% del PIB.

Como expondré más adelante en el apartado que dedicaré al Fondo de Reserva, estos malos resultados, que tan negativamente inciden en la caja del sistema, pueden ser paliados con el uso racional y cuidadoso de los activos que en los pasados años fueron consignados en el Fondo de Reserva.

Hay otras circunstancias que representan un peligro para el conjunto del sistema, que aún siendo preexistentes a la crisis económica, han sido agudizadas por esta. Me refiero la débil natalidad y a la todavía baja incorporación de la mujer al mundo laboral. Es de esperar que se siga avanzando hacia la plena equiparación de género en la cotización, a pesar de que en la última década las mujeres progresaron desde el 38% al 44%.

La tasa de natalidad, según datos facilitados por el Instituto Nacional de Estadística, se situó en el 2011 en 10,2 nacidos por cada 1.000 habitantes, por debajo de los 11,4 de los 2008. La menor fecundidad se observó tanto entre las mujeres españolas como entre las extranjeras. Y el número medio de hijos por mujer española descendió en 2011 hasta 1,32, frente al 1,33 de 2010. Está claro que la crisis ha incidido negativamente en el comportamiento de la natalidad, porque aquella constituye un factor disuasorio para tener hijos.

Además de las dificultades de inserción de la mujer en el mercado de trabajo, hay otros motivos de sobra conocidos, como la inseguridad económica, la mayor duración de los ciclos formativos, la problemática derivada de la conciliación familiar y laboral o la temporalidad en el empleo.

2.2. El control y la corrección del fraude laboral y a la Seguridad Social

He abordado algunos de los retos a los que debe enfrentarse el sistema de Seguridad Social español. Existe otro también relevante: la lucha contra el fraude, en su doble extensión en el campo laboral y de la Seguridad Social.

Crisis económica y fraude guardan especiales vínculos entre sí. La recomendación décima que figura en el último informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, se ocupa de la lucha contra el fraude, aunque desde las primeras recomendaciones ya se prestó atención a este fenómeno. Se contempla el fraude en el Pacto, tanto desde la vertiente relativa al acceso indebido a la protección social, como desde la que guarda relación con la economía irregular. Asimismo se advierte que este problema representa un peligro, tanto para la estabilidad económica del sistema, como para los derechos de los trabajadores, y genera competencia desleal entre las empresas.

Un adecuado plan de lucha contra el fraude, debe contemplar este problema desde distintos ángulos:

- Uno preventivo, para combatir en lo posible las irregularidades en su origen.
- Otro global, definiendo las tareas que deben emprenderse para sancionar y erradicar el fraude, propiciando la colaboración administrativa a través de planes conjuntos con una visión práctica, en los que participen todas las Administraciones competentes. Con ello se podrá conseguir un mayor impulso, a través de la cohesión administrativa y de una actividad planificada, tanto preventiva como

correctiva, con aprovechamiento de los medios y la experiencia de cada Entidad participante, y con una extensión temporal plurianual.

- Y por último, un Plan de este tipo debe designar un ente único coordinador de las diversas acciones que se proyecten, pero sin dejar de atribuir responsabilidades en este tipo de tareas a cada ente administrativo sobre la vigilancia del fraude en razón a la materia que gestione.

Desde el año 2004 se pusieron en marcha entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, innovadores Planes bilaterales de colaboración para la prevención y corrección del fraude laboral y a la Seguridad Social, en los que asimismo participaron en algunas ocasiones otras Entidades del entonces Ministerio de Trabajo e Inmigración. Se contemplaron actuaciones para el control de empresas ficticias y altas fraudulentas, de las bonificaciones de las cuotas de Seguridad Social, de grupos de empresas, de encuadramientos indebidos, de administradores societarios, y para la derivación de la responsabilidad de la deuda a otros sujetos responsables solidarios y subsidiarios, etc.

A ello hay que añadir un programa de colaboración que se estableció entre la Tesorería General y la Inspección, con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, para la implantación de un singular Plan de carácter integral, para perseguir el fraude laboral, fiscal y a la Seguridad Social.

Para completar la lucha contra el fraude en el ámbito administrativo, se contó con la valiosa colaboración de una unidad del Ministerio de Interior, la denominada Sección de Investigación de la Seguridad Social, encuadrada en la Brigada de Delincuencia Económica y Fiscal (Comisaría General de la Policía Judicial), que tiene la capacidad de investigar las posibles irregularidades que se produzcan contra la Seguridad Social desde el punto de vista penal.

Otra iniciativa en este campo fue la puesta en marcha del Observatorio del Fraude, que inició su andadura en 2007, fruto de la mencionada colaboración entre la Tesorería General de la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Se le encomendaron destacadas tareas, tanto de análisis de la realidad socio-laboral, como de desarrollo de actuaciones preventivas y correctivas, para un mejor conocimiento de las conductas fraudulentas, abarcando todos los sectores de la actividad y el seguimiento de múltiples conductas irregulares. Este Observatorio, tras abrirse paso, requiere para su consolidación un nuevo impulso, que debería tener lugar a través de su próximo reconocimiento en una norma, para convertirse en una institución de referencia en este campo.

El actual Gobierno, en el último año, ha desarrollado dos iniciativas para hacer frente al fraude. La primera de ellas fue el denominado Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, aprobado en Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012. Este Plan nació con el propósito de hacer aflorar la economía sumergida, vigilar el uso de las bonificaciones, de las reducciones de las cotizaciones sociales, y de las prestaciones de Seguridad Social. Para esta labor, según adelantaba el propio Plan, se adoptarían medidas de reforma de la organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de dotación a esta de mayores recursos humanos, de refuerzo de los instrumentos de coordinación y de colaboración de la Inspección de trabajo y Seguridad Social con otras

Administraciones competentes en políticas laborales, sociales y de empleo, y finalmente, se anunciaba una reforma del Código Penal. En muchos casos, estos propósitos quedaron en una proclamación, que no pasó de un planteamiento teórico.

Entre los objetivos incluidos en este Plan, se echa de menos la alusión a las medidas de carácter preventivo, a la adopción de medidas concretas de actuación, y a un mayor detalle en algunas de sus propuestas para identificar la corresponsabilidad de los organismos competentes en esta tarea.

Más próxima en el tiempo es la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Esta norma parte de las premisas del Plan aprobado en 2012, pero a pesar del propio título de la Ley, y de tratarse de un texto más estructurado, dedica un corto espacio a la lucha contra el fraude, en un sentido estricto.

La Ley 13/2012 dedica gran parte de su contenido a adaptar la legislación reguladora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a actualizar y endurecer las normas sancionadoras administrativas y penales en diferentes frentes, y a efectuar correcciones formales de textos legales, lo que la distancia de lo que debería ser una verdadera norma útil para la prevención y corrección del fraude.

La Ley habla de la puesta en marcha de medidas organizativas, pero con un alcance reducido, que en su articulado apenas ocupan unas breves líneas, salvo para hacer mención al papel que debe jugar la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como órgano administrativo responsable de estas tareas, y al compromiso de creación de una Unidad especial de colaboración con los órganos judiciales y con la Fiscalía General del Estado, mostrando una excesiva confianza en la lucha contra el fraude a través de la vía penal, en detrimento de la vía administrativa.

Finalmente se debe reseñar que lamentablemente, en el Informe aprobado el 25 de enero de 2011 para la renovación del Pacto de Toledo, tampoco se introdujeron referencias a los avances conseguidos en la lucha contra el fraude, lo que ciertamente no contribuye a alentar ni a avanzar en esta cuestión, tal esencial para la Seguridad Social.

3. ACTUACIONES ORIENTADAS A LA DEFINITIVA SEPARACIÓN DE FUENTES DE FINANCIACIÓN

Se ha avanzado correctamente en el esclarecimiento de las fuentes de financiación. Como ya vimos, a finales de la década de los años 80 del siglo pasado, el legislador estableció las bases de la separación de fuentes en la Ley 37/1988, de Presupuestos Generales del Estado para 1989.

Hasta entonces, casi la totalidad de los gastos por prestaciones sociales eran financiados con los recursos provenientes de las cuotas de Seguridad Social. Aquellos gastos comprendían no sólo los relativos a las pensiones de Seguridad Social, sino también a los servicios sociales, a los costes derivados de la asistencia sanitaria, a las ayudas familiares y al seguro de desempleo, fundamentalmente.

En el Pacto de Toledo en 1995, se diseñó una nueva fórmula para la financiación de la protección social, desvinculando una parte importante de la misma de las cotizaciones

sociales, para imputar su coste al nivel no contributivo. Así, el nivel contributivo del Sistema se haría cargo del sostenimiento de las prestaciones correspondientes a los cotizantes, que serían proporcionales a las bases y períodos de cotización efectuados. Tras darse este paso, se fortaleció de manera importante el sistema de reparto de la Seguridad Social, que ha llegado sólido hasta nuestros días.

En consonancia con lo anterior, el artículo 86.2 de la Ley General de la Seguridad Social, (reformado por las Leyes 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, y 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social), al regular los recursos generales de la Seguridad Social, dispone que la acción protectora en la modalidad no contributiva y universal, se financiará mediante aportaciones del Estado, mientras que las prestaciones contributivas, los gastos derivados de su gestión y los originados por el funcionamiento de sus servicios, serán financiados con los ingresos obtenidos sobre todo de las cuotas como principal suministrador de recursos, así como de los recargos, las sanciones, y de los frutos, rentas e intereses y otros productos de sus recursos patrimoniales.

Este mandato se relajó por lo establecido en la disposición transitoria decimocuarta de la Ley General de la Seguridad Social, al establecer que lo previsto en su artículo 86.2 entraría en vigor de manera paulatina, en un plazo no superior a 12 años, contados a partir del 1 de enero de 2002.

A pesar de los contratiempos, el legislador puso las bases para la separación de fuentes y, a partir de entonces, los sucesivos Gobiernos aprobaron medidas, (aunque no todas de igual determinación), para culminar este principio en el ámbito de la sanidad y los servicios sociales, que pasaron a estar a cargo de los Presupuestos Generales del Estado; quedando a partir de aquel instante como cuestión pendiente la financiación de los complementos a mínimos.

La naturaleza no contributiva de los complementos a mínimos proviene de su consideración como prestación universal, que cumple la función de completar una pensión contributiva, hasta alcanzar la cuantía de la pensión mínima que establezcan los Presupuestos Generales del Estado.

Un problema adicional que se planteó en la pasada década fue la financiación del importante crecimiento de las partidas dedicadas a la mejora de las pensiones mínimas. Si bien tal incremento supuso sin duda, una mejora en la obtención de estas prestaciones para los colectivos con menor capacidad de ingresos, ello provocó consiguientemente el aumento del coste de los complementos a mínimos, lo que ralentizó la completa asunción de su financiación por el Estado.

Para el año 2013, en los Presupuestos de la Seguridad Social figuran cerca de más de 2,5 millones de pensionistas con reconocimiento de complementos a mínimos, que representan un 30% del conjunto de pensionistas del sistema, con un gasto de 7.895 millones de euros. En el ejercicio 2012, el Estado financió el 50% del total del gasto, frente al 37% de 2011. Esto supuso que la Seguridad Social aportara 3.871 millones de euros en el pasado año 2012.

Los Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, contemplan que la totalidad del coste derivado de los complementos a mínimos sea asumido a su cargo. Se trata sin

duda de un importante avance para llegar a la total clarificación de las fuentes de financiación de la Seguridad Social.

Todas las opiniones que se emitieron en las sesiones correspondientes a la última renovación del Pacto de Toledo, apoyaron decididamente la separación de fuentes. La gran mayoría, con el propósito de fortalecer el sistema y su autonomía, vinculando las cuotas sociales únicamente a la financiación de las prestaciones contributivas. Pero algunas de esas manifestaciones, especialmente las realizadas por los representantes del ámbito empresarial, aunque abogaron formalmente por esa separación, aspiraban también a obtener una disminución del coste de las cotizaciones para las empresas, mediante una rebaja de los tipos, en el caso de quedar liberada la Caja de la Seguridad Social de la carga del pago de los complementos a mínimos.

El voto particular número 1 del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2011, al referirse a la separación de las fuentes de financiación, requirió no sólo la completa asunción por los Presupuestos Generales del Estado del coste de los complementos a mínimos, sino que incluyó otras partidas que deberían financiarse del mismo modo con impuestos, en particular los costes de personal de la Seguridad Social, añadiendo que la separación de fuentes debe servir como mecanismo de transparencia y clarificación del gasto social.

En el informe presentado en 2011, que se elaboró tras la renovación del Pacto de Toledo, se llamó la atención en su recomendación primera, acerca de la necesidad de que se liquidasen las deudas existentes entre la Seguridad Social y el Estado. Ello es debido a que, en el balance de la Seguridad Social, todavía figuran como pasivos los préstamos que le concedió en su momento el Estado, para compensar sus insuficiencias presupuestarias derivadas de la financiación de la sanidad por la propia Seguridad Social, que asumió hasta finales de la pasada década de los 80.

En la recomendación primera del Pacto se aportó una solución al problema de contabilidad existente en las cuentas de la Seguridad Social, creado a raíz de la concesión de los mencionados préstamos. Esta idea tuvo su plasmación en la Disposición Adicional trigésimo octava de la Ley 27/2011, que dispuso que el Gobierno, en el plazo de seis meses, adoptase las medidas normativas necesarias para cancelar en un plazo de 10 años, los citados préstamos en el balance patrimonial de la Seguridad Social.

Preveía esta norma que la Administración de la Seguridad Social entregaría, en pago de dichos préstamos, a la Administración General del Estado exclusivamente los edificios ocupados por las Comunidades Autónomas, como Administraciones titulares de la gestión de la asistencia sanitaria y servicios sociales. Con ello, la culminación del proceso de separación de fuentes de financiación, a efectos patrimoniales, se podría realizar sin inconvenientes para la adecuada llevanza de las cuentas públicas, permitiéndose con ello una gestión patrimonial más adecuada para los titulares de la competencia, a través del traspaso inmediato de dichos inmuebles a los mismos.

Hay que recordar que en la actualidad, la Tesorería General de la Seguridad Social sigue siendo la titular de estos inmuebles y de los equipamientos sanitarios y sociales, ya que sólo fueron cedidos en uso a sus Administraciones gestoras, que son las Comunidades Autónomas. De esta situación derivan múltiples inconvenientes, sobre todo para la Tesorería General de la Seguridad Social, al ser distintos los sujetos cedente y cesionario de los edificios, en su mayor parte constituidos por hospitales y otro tipo de centros asistenciales.

Dichos trastornos, que en ocasiones dan lugar a pleitos judiciales, guardan relación con el pago del Impuesto de Bienes Inmuebles, el coste del mantenimiento de los inmuebles, los litigios sobre la titularidad de las instalaciones, o las solicitudes para la modificación de elementos estructurales.

No obstante, con el cambio de legislatura, el nuevo Gobierno, desoyendo la propuesta del Pacto de Toledo, anunció la paralización del traspaso a las Comunidades Autónomas de los inmuebles; dejando vencer el plazo de seis meses recogido en la indicada Disposición Adicional. El argumento central en el que basó su decisión el Gobierno, fue el de negar la existencia de deudas que debiera cancelar la Seguridad Social con el Estado, ya que entiende que los préstamos se solicitaron para financiar servicios que debieron ser asumidos por los impuestos y no por las cuotas sociales.

Pero lo cierto es que en la contabilidad patrimonial persisten un conjunto de préstamos del Estado concedidos a la Seguridad Social, y la solución aportada por la Ley 27/2011 no generaba problemas contables, ni a la Administración de la Seguridad Social, ni al Estado, permitiendo a las Comunidades Autónomas, (titulares de la competencia sanitaria), gestionar plenamente los establecimientos donde se ubican los servicios; quedando la Seguridad Social liberada de la tutela de unos inmuebles que no va a poseer en el futuro, evitando así una situación que solo le reporta cargas, no beneficios.

Más recientemente, la disposición derogatoria segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, ha descartado formalmente las medidas que se dispusieron para cancelar, del balance patrimonial de la Seguridad Social, los préstamos concedidos por el Estado para compensar las insuficiencias de financiación de la sanidad.

Existe otro aspecto, aunque menor, que se debe considerar para alcanzar la plena separación de fuentes. Se trata de la financiación de la asistencia sanitaria y de la rehabilitación derivadas de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que según recoge la Ley General de la Seguridad Social, sigue siendo competencia del sistema de Seguridad Social. La norma prevé que la cotización por contingencias profesionales cubra el gasto de la prestación, y si la concertación de la contingencia se efectúa con las entidades gestoras de la Seguridad Social, los costes de la atención son soportados por el sistema público pero, si se realiza con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, aquéllos se asumen con sus recursos propios.

Aunque éste no es un asunto de especial trascendencia económica para el sistema, sí atañe al debate sobre separación y clarificación de fuentes, como he señalado, por lo que habrá que definir si las cuotas sociales han de seguir asumiendo el coste de esta asistencia, o por el contrario, la financiación deberá provenir de los Presupuestos Generales del Estado, como resulta más lógico.

4. LA POSIBLE MODIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE COTIZACIÓN COMO FACTOR DESEQUILIBRANTE DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE FUENTES

La vigente recomendación primera del vigente pacto de Toledo advierte que cualquier modificación de los tipos de cotización deberá salvaguardar la sostenibilidad del sistema,

puesto que el cálculo de las cotizaciones sociales debe ir encaminado a garantizar la cobertura de las prestaciones contributivas.

La discusión sobre las modificaciones de los tipos de cotización y, más especialmente, acerca de una rebaja de los mismos, guarda una estrechísima relación con el mantenimiento del equilibrio financiero del sistema, esto es, con la posibilidad de que la Seguridad Social mantenga su autonomía financiera y haga frente a las prestaciones de carácter contributivo con los ingresos provenientes de las cotizaciones sociales.

En estos momentos casi nadie plantea una elevación de los tipos de cotización. Donde hay un cierto grado de discusión es acerca de la oportunidad de hacerlos disminuir. Quiénes plantean esta opción son los sectores más cercanos al mundo empresarial.

También el Gobierno llegó a anunciar una rebaja para el año 2013 de un punto porcentual y, otro adicional para 2014, decisión que más tarde descartó de momento.

En las discusiones que hubo a raíz de la renovación del pacto de Toledo encontramos algunas posturas dispares acerca de la eventualidad de rebajar los tipos de cotización. En aquel momento, ningún grupo político parlamentario, ni la mayoría de los comparecientes que fueron invitados a intervenir, defendieron la reducción de los tipos de cotización, ni con carácter global, ni en la parte que corresponde a trabajadores o a empresas.

Únicamente los representantes de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y de la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, requirieron una rebaja general del tipo de cotización, solicitando que esta medida tuviera carácter estructural.

El Secretario General de la Confederación española de la pequeña y mediana empresa, Elías Aparicio Bravo, (en comparecencia de 26 de mayo de 2009), sostuvo la citada necesidad, imprescindible según adujo, para el crecimiento del empleo.

El Secretario General de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, José María Lacasa Aso (en comparecencia de 17 de junio de 2009), argumentó que si bien el empleo es determinante para la sostenibilidad y viabilidad de la Seguridad Social, esta última puede ser a su vez un elemento penalizador para el nivel de ocupación y la competitividad de las empresas. Por esa razón señaló que, completar la separación de fuentes, sería un alivio para que disminuya la carga sobre los costes sociales de las empresas y el empleo.

Los defensores de la disminución de las cotizaciones sociales, sostienen igualmente que ello permitiría hacer más competitivas a las empresas, sobre todo las que se desenvuelven en el exterior, impulsándose la creación de empleo y lográndose más ingresos.

Los grupos parlamentarios que presentaron los votos particulares número 1 y 3 al informe de evaluación y reforma del pacto de Toledo de 2011, hicieron hincapié de manera expresa en que una reducción de cotizaciones sociales debilitaría la Seguridad Social y, en particular, el tramo contributivo de las pensiones. Señalaron que los tipos de cotización en España están en la media de la Unión Europea, por lo que ahora lo más razonable es mantener el tipo medio de cotización; cualquier modificación de los tipos deberá tener como único fundamento la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema.

Al realizar un análisis sobre la modificación de los tipos de cotización, debemos tener presente que en la actualidad un punto porcentual de las cuotas sociales equivale a una

cantidad que oscila entre 2.700 y 2.800 millones de euros. Si se llevase a cabo una rebaja de hasta 2 puntos en los tipos, esa decisión constituiría una temeridad, ya que la caja única del sistema dejaría de ingresar anualmente cerca de 6.000 millones de euros.

Por otra parte, no procede en estos momentos una elevación de los tipos de cotización, porque ello sería inasumible para las empresas, los autónomos y los trabajadores, dada la situación actual de crisis económica, a pesar de la pérdida constante de afiliados medios que en el último año fue de 787.829 (según datos registrados hasta el mes de enero de 2013), lo que repercutió negativamente en los ingresos de la caja única de la Seguridad Social.

En el futuro, cuando se experimente un crecimiento económico y mejore el empleo, puede ser interesante abrir un debate sobre la opción de incrementar los tipos de cotización, siempre y cuando se necesiten más fondos para que la Seguridad Social, y no existan nuevas fuentes de financiación.

El debate en torno a la modificación de los tipos de cotización gira en torno a tres cuestiones fundamentales: la incidencia de las cotizaciones sociales en el empleo, los efectos de una reducción de los tipos de cotización sobre el nivel de ocupación y la compensación mediante impuestos, especialmente el Impuesto sobre el valor añadido, de una minoración de las cotizaciones sociales.

1. Se han llevado a cabo diferentes estudios sobre la repercusión de las cotizaciones sociales en la evolución del empleo, llegándose en muchos casos a la conclusión de que éstas tienen un efecto reducido. Se ha estimado que el factor trabajo soporta únicamente el 20% del peso de las cotizaciones sociales, trasladándose el resto de la carga a otros factores externos, especialmente los precios.

2. Otros estudios realizados sobre una posible disminución de las cotizaciones sociales con carácter generalizado, llegan a la conclusión de que no tiene claros efectos sobre el empleo. En cambio, una rebaja de los tipos de cotización, aplicada a colectivos específicos, puede tener consecuencias más positivas.

Sobre esto último encontramos algunas experiencias que se han puesto en práctica en países europeos. En algunos se procedió a reducir cuotas de Seguridad Social sólo para trabajadores con salarios más bajos, pero se observó que esta iniciativa no resulta razonable cuando se aplica indistintamente tanto a empresas que se encuentran en declive, como a las que están en expansión, o a las que sus puestos de trabajo no están amenazados.

Para que la reducción de los tipos de cotización dé los frutos buscados, debería aplicarse selectivamente, acotando el grupo de trabajadores beneficiarios de estas políticas de reducción de cuotas, como los que se encuentran en situación de desempleo de larga duración, los trabajadores que tienen 50 o más años de edad, los pertenecientes a familias con un solo progenitor, los trabajadores a tiempo parcial o a las personas que buscan un primer empleo, aunque podríamos encontrar más ejemplos.

3. Otra discusión que se abrió hace tiempo trata de la conveniencia o no de que la reducción de las cotizaciones sociales se financie con impuestos. Quienes defienden esta posibilidad, proponen que esta compensación se efectúe a través de impuestos indirectos, en concreto con el Impuesto sobre el valor añadido. Con ello se afirma que se conseguiría salvaguardar la neutralidad recaudatoria de la Seguridad Social.

Una opinión mayoritaria entiende que el aumento del Impuesto sobre el Valor Añadido, a cambio de una rebaja de las cotizaciones, provocaría un incremento de los precios para el consumidor, y a la larga supondría también una demanda de incremento de salarios por parte de los trabajadores. Todo esto supondría un obstáculo para la mejora de la situación económica, con lo que las posibles ventajas para las empresas de incremento de la demanda de trabajo y de fomento de las exportaciones, disminuirían progresivamente.

Quienes defienden la bondad de esta medida sostienen que el coste laboral disminuiría las cargas de las empresas, debiendo aumentar teóricamente la demanda de trabajo. Así mismo, al tratarse el Impuesto sobre el valor añadido de un impuesto en destino que deja exentas las exportaciones, el empresario tendría más fácil actuar en el comercio internacional.

Pero existen importantes inconvenientes para que se proceda a una rebaja en las cotizaciones sociales, compensable con ingresos procedentes del Impuesto sobre el Valor Añadido.

El primero de ellos radica en que un cambio de esta envergadura requeriría modificaciones normativas, que difícilmente encajarían en el contexto social y jurídico actual, e irían en contra de las recomendaciones y el espíritu del pacto de Toledo.

Además, por quienes se defiende la compensación de la disminución de las cotizaciones sociales por aportaciones provenientes del Impuesto sobre el Valor Añadido, nada se dice sobre qué parte de este Impuesto se destinaría a ese reequilibrio. Tampoco se cita qué organismo público efectuaría los cálculos, pudiendo corresponder tanto a la Seguridad Social, por ser la Institución encargada de la administración de los ingresos de los recursos y de los gastos de las prestaciones, a la Hacienda Pública como responsable de la gestión del Impuesto, o a las dos Administraciones conjuntamente.

Del mismo modo, debería dilucidarse si elegir entre la asignación de una cantidad anual fija proveniente del Impuesto sobre el valor añadido, o una variable en función de las necesidades del sistema, independiente de la marcha de la recaudación impositiva.

Sobre las alternativas planteadas al actual sistema de financiación, se pueden establecer las siguientes conclusiones:

- No resulta apropiado, ni prudente, minorar los tipos de cotización, dados los principios establecidos en el pacto de Toledo, que propugnan la separación de fuentes, y la suficiencia del sistema, que ha de tener su viabilidad a través de sus propios ingresos, provenientes en gran parte de las cotizaciones sociales (en la actualidad éstas aportan el 82% del total de ingresos de Seguridad Social).
- Un descenso de puntos de cotización podría producir además una paradoja, consistente en que la Seguridad Social financiaría una hipotética mejora de la competitividad y el empleo en las empresas, debiendo para ello asumir un descenso de los ingresos derivados de la reducción de los tipos de cotización, cuando son el Estado y las Comunidades Autónomas las Administraciones responsables de los objetivos de mejora del nivel de ocupación.
- Ante una hipotética reducción de los tipos de cotización, el Gobierno debe comprobar la existencia de una situación presupuestaria de la Seguridad Social que lo permita.

- Antes de propugnar la opción de financiar una disminución de las cotizaciones mediante impuestos indirectos, se debería indagar la implantación de una contribución universal específica para la Seguridad Social, o el establecimiento de impuestos para tal fin, pudiendo estar vinculados a aspectos medio-ambientales o al consumo de bienes energéticos primarios, tal como se ha sostenido por parte de la doctrina.
- Sin duda, en la próxima renovación del pacto de Toledo, éste debería ser uno de los asuntos de primer orden para ser debatido.

Las actuales tarifas para la cotización de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales fueron aprobadas por la Disposición Adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, que sustituyó a la que había sido prevista por el Real Decreto 2930/1979.

Esta reforma, que modificó los tipos de cotización para estas contingencias, se tradujo en una reducción en la recaudación por cuotas, cuantía que fue asumida por el sistema de la Seguridad Social, algo que en aquel momento fue factible por la buena marcha de la recaudación de cotizaciones sociales.

La aprobación de las nuevas tarifas permitió la homogeneización de la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de las empresas dedicadas a la misma actividad, y el establecimiento de cotizaciones específicas para determinadas ocupaciones y situaciones laborales comunes, reduciéndose el número de tipos de cotización, con lo que obtuvo con ello una mayor claridad en esta materia.

5. LA MEJORA CONTINUA DE LAS BASES DE COTIZACIÓN

La Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo, siempre ha insistido en una cuestión que es fundamental para conseguir que la financiación de la Seguridad Social se desarrolle de una forma redistributiva, y que a su vez asegure en todo lo posible su viabilidad. Me refiero a la necesidad de que se obtenga una mejora general de la contribución de todos los trabajadores.

Esta exigencia se ha alcanzado a través de distintas medidas que se han ido adoptando en el tiempo, y que están recogidas en las recomendaciones cuarta y quinta del último informe de renovación del Pacto de Toledo de 2011, siguiendo lo sugerido en los textos anteriores.

La recomendación cuarta, con el título de “*financiación, simplificación e integración de Regímenes Especiales*”, requirió una vez más que se culminase la simplificación de regímenes. Y la recomendación quinta, hizo mención a la mejora de la relación entre salario real y las bases de cotización. Para ello sugirió como medida la elevación del tope máximo de cotización en paralelo a la pensión máxima, proponiendo que se garantizase la correlación entre la evolución de los salarios, las cotizaciones y las prestaciones.

Acerca de la propuesta recogida en la recomendación cuarta, en los pasados años y hasta fechas recientes, se han desarrollado varios procesos de integración de Regímenes

Especiales, que han conllevado, entre otras mejoras, una convergencia de las bases de cotización de los trabajadores que se incorporaron, bien al el Régimen General o al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, con las bases de cotización establecidas para estos Regímenes. Este acercamiento en las bases ha supuesto a su vez una importante mejora en la cotización y, por extensión, en la protección de los trabajadores incorporados.

Con referencia a la recomendación quinta, también son múltiples los pasos dados en función del requerimiento que establece. Podemos remontarnos al momento de la aprobación del Pacto de Toledo, tiempo en el que dio comienzo el procedimiento de equiparación de las bases máximas de cotización, unificándose en un principio la de los grupos de cotización 1 a 4, concluyendo este proceso en el año 2002, al quedar unificado el tope máximo para todas las categorías profesionales.

Como apuntó el Secretario de Estado de la Seguridad Social, Octavio Granado Martínez (en comparecencia de 18 de noviembre de 2008), la evolución de las bases mínimas de cotización de los Regímenes de la Seguridad Social, y de las pensiones mínimas había transcurrido desde los años 2003 a 2008 en paralelo, lo que a su juicio constituyó un hecho imprescindible para garantizar a medio y largo plazo la sostenibilidad del sistema. Hizo alusión a una cuestión importante que caracteriza nuestro sistema contributivo, cuando invocó que este está basado en el principio de aseguramiento, por lo que es necesario que la evolución de los ingresos y los gastos transcurra de manera semejante.

Al observar el contenido de estas recomendaciones del Pacto de Toledo sobre mejora de las bases de cotización, apreciamos que ha dedicado una especial atención a la situación de los trabajadores autónomos.

En el informe de 2011 se solicitó que se promoviesen gradualmente las medidas que permitieran aproximar las bases de cotización de los trabajadores autónomos a sus ingresos. Las cifras facilitadas por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social permiten obtener conclusiones elocuentes que inciden en esa necesidad. En 2011 la base media mensual de cotización en el Régimen General fue de 1693,08 euros, mientras que en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos era de 978,94 euros. Esto es así porque en torno al 80% de los trabajadores autónomos cotizan a la Seguridad Social por la base mínima, de modo que, en el futuro, devengarán pensiones del sistema muy bajas, que en muchos casos deberán ser completadas con la mejora de complementos a mínimos cuestión que debe corregirse con prontitud.

Aunque la Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, dispuso que la acción protectora del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos tendería a converger en aportaciones, derechos y prestaciones con la existente para los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social, los cambios que se produzcan en esta parcela en el futuro serán previsiblemente lentos, ya que la concienciación del colectivo es todavía baja.

La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, amplió la acción protectora de los trabajadores autónomos, permitiendo que estos pudieran acceder voluntariamente a la cobertura de las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Esta opción no ha tenido con el transcurso del tiempo el éxito que hubiera sido deseable.

A ello hay que añadir que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2013, ha retrasado al menos hasta 2014 la cobertura obligatoria de las contingencias profesionales de los trabajadores autónomos, que iba a ser exigible a partir de enero de 2013 (a excepción de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, que ya estaban obligados). Esta medida, sin duda, constituye un paso atrás en la consecución de los objetivos anteriormente expuestos.

A pesar de todo, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos se han observado avances. Se han ido adoptando distintas reformas que conllevaron incrementos adicionales de las bases de cotización. Cabe citar la que conllevó crecimientos adicionales de las bases de los trabajadores que, en la fecha de cumplimiento de 50 años, no acreditaran un tiempo de cotización superior a cinco años. Por ejemplo, con ese incremento, se obtuvo en cada ejercicio económico, un crecimiento de la base mínima de cotización de 1,5 puntos superiores al crecimiento de la base mínima establecida con carácter general en el Régimen Especial.

Se ha adoptado otras medidas en los últimos años, para conseguir una mejora general en la cotización de algunos colectivos.

La recomendación cuarta estableció la necesidad de cotizar por los trabajos realizados en cualquiera de los sectores de la actividad económica que, teniendo esa consideración, no hubieran sido regulados en ese sentido. Se hizo referencia expresa a dos colectivos de trabajadores: al de becarios de postgrado y al dedicado a la realización de tareas al servicio del hogar familiar.

La cotización de los becarios se reguló por Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre. A partir de su entrada en vigor, en noviembre de 2011, los becarios quedaron asimilados a trabajadores por cuenta ajena, aunque fueron excluidos de la posibilidad de cotizar por las contingencias de desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional.

El Real Decreto reguló el contenido del programa de formación que daba acceso a la posibilidad de cotizar, estableciendo que la beca debía estar financiada por empresas, entidades e instituciones públicas y privadas, y vinculada a estudios universitarios o de formación profesional, con la posibilidad de realización de prácticas formativas en empresas, debiendo dar derecho a una contraprestación. Cumplidos estos requisitos, tanto los becarios como los empresarios que les contraten, deberán cotizar por unas cantidades fijas.

Los trabajadores que prestaban sus servicios en el hogar familiar, disponían de una normativa antigua que regulaba su relación con la Seguridad Social. La novedad que reportó la Disposición Adicional Trigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, fue doble.

En primer lugar, dispuso la integración de estos trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social, estableciéndose para este encaje un sistema especial.

Y en segundo término, se extendió la posibilidad de cotizar desde la primera hora trabajada, lo que constituía una necesaria adaptación de esta relación laboral a la realidad social y la consecución de una vieja aspiración de los trabajadores de este sector productivo, que hasta entonces veían limitada esta posibilidad en función del límite horario mínimo exigido. Para ello, se fijó una escala en relación con la retribución percibida, vinculando una base de cotización distinta para cada nivel.

La posibilidad que brindó este cambio normativo permitió, por tanto, que muchos empleados de hogar que hasta entonces estaban fuera del sistema, quedasen incluidos en la Seguridad Social, generando a partir de ese momento derechos para el futuro, con una cotización más adecuada, al estar vinculada al salario recibido.

Para nuestro sistema de Seguridad Social, basado en el reparto, es importante que se declaren todas las relaciones laborales, así como el conjunto de los conceptos retributivos que se perciben, incorporando a la legalidad la economía informal. Ello es así porque lo que se recauda de las empresas y de los trabajadores ocupados, sirve para financiar las prestaciones actuales. De esa forma se alcanzará un mayor número de cotizantes y de ingresos, aunque desde otra perspectiva, a largo plazo el incremento de cotizantes supondrá un aumento de los futuros beneficiarios de las prestaciones, lo que repercutirá en los pagos que deba efectuar el sistema. Pero el trabajador, a través de sus cotizaciones, se hará acreedor de un derecho subjetivo, consistente en una futura prestación que le será reconocida, cuyo importe dependerá del tiempo cotizado y de sus bases de cotización.

A pesar de las campañas de concienciación que regularmente se impulsan desde la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, dirigidas a los diferentes colectivos de trabajadores con la finalidad de que incrementen su cotización, se trata de un objetivo sobre el que se avanza de forma lenta.

En los últimos años, hasta la irrupción de la crisis económica, en el Régimen General se apreciaron constantes incrementos de las bases medias de cotización, siendo hasta el año 2009 superiores a la evolución del Índice de Precios al Consumo. A partir del citado año, a causa de la crisis, hubo un descenso brusco del incremento de estas bases medias, que ha incidido en el estado de la recaudación.

Recientemente, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, amplió los conceptos retributivos que se toman en consideración para calcular la base de cotización.

Sin duda, esta norma contribuye a la mejora de las bases de cotización, y con ello a avanzar en los principios de contribución y proporcionalidad. Con ella se adecuó la regulación de los conceptos no computables hasta ahora en la base de cotización a la Seguridad Social, conforme a lo previsto en el campo tributario, igualando en este aspecto la normativa de Seguridad Social con la reguladora del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

También se hizo mención en el Real Decreto-Ley 20/2012 a la necesidad de modificar los límites establecidos en la regulación hasta entonces vigente, con respecto a los conceptos excluidos de la base de cotización. Los límites existentes permitían una utilización de los mismos que, a juicio del legislador, contravenía el sentido de la exención en perjuicio de la Seguridad Social. Por ello se estableció un tope máximo de los conceptos que pueden ser objeto de exclusión de la base de cotización, respecto del conjunto de percepciones salariales que, individualmente consideradas, se encuentran excluidas total o parcialmente.

En la próxima renovación del Pacto de Toledo, si no antes, debe acometerse la discusión sobre la oportunidad de elevar los límites dispuestos en la base de cotización, en mayor medida que los incrementos que se han determinado hasta ahora cada año (recordemos que para 2013, la base máxima de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social se incrementa en un 5% sobre la de 2012). Es lo que coloquialmente podríamos

denominar destope de las cotizaciones, aunque con ello no me refiero a que este sea total, pero sí bastante más proporcionado a las retribuciones que se obtienen. Indudablemente, esta medida permitiría una Seguridad Social más redistributiva, ya que con ello se evitaría que una parte de las cantidades que superan los límites establecidos por la Ley, quedasen excluidas de la cotización, como ocurre en la actualidad.

Según los datos facilitados por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, la distribución de las bases de cotización en el Régimen General, (excluyendo los contratos a tiempo parcial y los de los trabajadores que no permanecen en alta todos los días del mes), en el transcurso del año 2011 fue la siguiente:

- Hasta 1048 euros: 7%.
- Hasta 1348 euros: 19%.
- Hasta 1648 euros: 20%.
- Hasta 1948 euros: 13%.
- Hasta 2248 euros: 9%.
- Hasta 2548 euros: 7%.
- Hasta 2848 euros: 6%.
- Hasta 3148 euros: 4%.
- Superior a la base máxima: 14%.

6. LA REGULACIÓN ACTUAL DEL FONDO DE RESERVA Y LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN NUEVO MARCO NORMATIVO

La disposición por nuestra Seguridad Social de un Fondo de Reserva como el actual, con una dotación importante, no sólo propicia confianza en la suficiencia futura del sistema, sino que es un factor que refuerza el principio de separación de fuentes, al aportar viabilidad financiera de cara al futuro.

El Pacto de Toledo, ya en su primera redacción de 1995, incluyó en su recomendación segunda la posibilidad de que se creasen reservas para atenuar los efectos de los ciclos económicos, puesto que el sistema contributivo debía presentar unos presupuestos equilibrados. Se dibujaba de esta manera la síntesis de lo que, unos años más tarde, se denominaría Fondo de Reserva, señalándose en aquel primer texto que se nutriría de los excedentes que pudieran existir en los ejercicios presupuestarios de los momentos de bonanza económica. Esas reservas deberían ser invertidas en la adquisición de títulos públicos en los mercados oficiales, que permitieran actuar en momentos críticos de la economía, sin necesidad de un incremento de las cotizaciones sociales.

En cumplimiento de esa recomendación y del artículo 91.1 de la Ley General de la Seguridad Social, (que había sido modificado por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social), se aprobó la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, que reguló el Fondo de Reserva de la Seguridad Social, siendo desarrollada por el Real Decreto 337/2004, de 27 de febrero.

De este Fondo se ha dicho, con práctica unanimidad, que es un gran activo del Sistema. Prueba de ello es que al finalizar el primer semestre de 2012, llegó a disponer de 68.000 millones de euros, cerca del 6,4% del PIB. Esta cifra situó a nuestro Fondo entre los más dotados a nivel mundial.

El Fondo favorece el mantenimiento del sistema de pensiones ante las acometidas de las crisis económicas que, como la actual, se puedan suceder; pero también ante otros factores menos agresivos, como el incremento del número de pensiones contributivas, fruto del alargamiento de la esperanza de vida y del importe de la pensión media.

Existe consenso sobre la notable gestión del Fondo, que se desarrolla con criterios ajustados y prudentes. La misma consideración merece la rentabilidad obtenida, ya que la tasa de rentabilidad media, durante 2012 creció hasta el 4,1%. Este resultado cobra más valor si comparamos el citado beneficio con las pérdidas que soportaron los fondos de pensiones privados en los últimos años, con la llegada de la crisis, que alcanzaron unas pérdidas que oscilaron entre el 15% y 35%, según los países.

Aunque la rentabilidad del Fondo en 2004 sufrió un descenso respecto a la del año 2000, (pasando de 4,77% a 2,01%), en los siguientes ejercicios volvió a incrementarse, obteniéndose el 2,76% en 2006 y el 3,79% en 2008. Estas variaciones se debieron a las fluctuaciones de los tipos de interés en las emisiones de Deuda Pública, y a que en las inversiones se primó la seguridad frente al riesgo.

Las aportaciones al Fondo provienen de tres fuentes:

- La fundamental, de los excedentes que se generan en el Sistema de Seguridad Social, que determina la Intervención General de la Seguridad Social, aprobando a posteriori el Consejo de Ministros las dotaciones que considere realizar. Sobre las dotaciones que recibe el Fondo de Reserva, la Ley 28/2003, en su artículo primero, y el Real Decreto 337/2004, señalan que las aportaciones podrán realizarse cuando, de la consignación presupuestaria de cada ejercicio o de su liquidación presupuestaria, resulte un excedente de los ingresos que financian las prestaciones contributivas, con la salvedad de que las posibilidades económicas y la situación financiera del sistema lo permitan.
- En segundo lugar, las dotaciones provienen de los excedentes de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, por la gestión de la incapacidad temporal derivada de las contingencias comunes. Se trata de una aportación que se efectúa de manera automática, sin necesidad de que medie ningún acto declarativo para que se lleve a cabo el ingreso.
- Y por último, de los rendimientos del propio Fondo, también de incorporación inmediata, una vez determinados.

En la década pasada se realizaron elevadas aportaciones al Fondo. Durante esos años la evolución fue espectacular, pasándose de una disposición de 601 millones de euros en el año 2.000, a los mencionados 68.000 millones de euros que se alcanzaron a mediados de 2012; llegándose a aprobar dotaciones anuales que alcanzaron importantes cifras, como 8.300 millones de euros en 2.007, ó 9.400 en 2.008. Sin duda la situación socio-laboral y

económica de aquellos momentos era bastante distinta a la actual, con mayor número de afiliados en alta y un crecimiento económico positivo.

Pero en los años 2009, 2011 y 2012 dejaron de realizarse dotaciones al Fondo de Reserva, aunque sí hubo pequeñas aportaciones por excedentes provenientes de las Mutuas y de los rendimientos del propio Fondo.

Fueron varias la causas por las que el Gobierno manifestó que durante esos años no fuera posible aprobar dotaciones. Una de ellas fue el descenso de los ingresos en la Seguridad Social, problema que se comenzó a apreciar con la llegada de la crisis económica. Otras tuvieron su causa, además de en el incremento de las partidas destinadas al pago de las prestaciones de Seguridad Social, en el importante aumento de aplazamientos autorizados a empresas y a trabajadores autónomos, y a la concesión de diferimientos de cuotas de Seguridad Social a empresas encuadradas en los sectores básicos, del transporte aéreo y por carretera, que atravesaron por especiales dificultades de liquidez. Todas estas demoras en los cobros de cuotas tuvieron una importante incidencia en las cuentas de la Seguridad Social, provocando una merma de tesorería, y por tanto del excedente disponible para su traspaso al Fondo de Reserva.

Los criterios de inversión del Fondo de Reserva se determinan por el Comité de Gestión, según faculta el Real Decreto 337/2004, aunque deben estar ajustados a los principios básicos recogidos en esa norma. Este Reglamento dispone, en su artículo tercero, que el Fondo podrá invertir en títulos emitidos por personas jurídicas públicas, nacionales y extranjeras, de calidad crediticia elevada y con un importante grado de liquidez.

Desde las primeras inversiones que se llevaron a cabo por el Comité de Gestión, se acordó que estas fueran en deuda pública española, así como alemana, francesa y de los Países Bajos; decisión que ha persistido hasta la actualidad, aunque ha ido variando sensiblemente en el transcurso del tiempo la distribución de los importes invertidos, según se tratase de deuda pública nacional o extranjera. Esta última ha pasado de representar más del 50% del total de la inversión a constituir un porcentaje muy reducido a finales del año 2012, cuando alcanzó 2,9% frente al 97,1% de la compra de deuda pública española.

El Fondo de Reserva se ha regido por unos criterios de inversión prudentes, que se han ido adaptando a las diferentes circunstancias por las que han ido atravesando las condiciones del mercado financiero y la economía, así como al volumen de sus activos.

La gestión del Fondo se efectúa teniendo en cuenta el horizonte temporal, determinado por la planificación de las aportaciones realizadas y la disposición de fondos para la cobertura de las pensiones contributivas. También debe procurarse que la estructura de vencimientos de los valores de la cartera del Fondo sea equilibrada, aunque cabe la posibilidad de la enajenación anticipada de activos, conforme a los principios de seguridad, rentabilidad y diversificación. A finales del año 2012, los activos del Fondo estaban distribuidos de la siguiente forma, según el ámbito temporal de la inversión: el 15,4% a corto plazo, el 33,49% a 3 años, el 23,87% a 5 años y 27,24% a más de 10 años.

El Real Decreto prevé que se pueda decidir, en caso de estimarse conveniente, el asesoramiento externo para el comité de gestión del fondo. Nunca se ha hecho uso de esta autorización, ya que se han considerado adecuadas y suficientes las opiniones e indicaciones técnicas facilitadas por los miembros de la comisión asesora, en la que participan

representantes de la Tesorería General de la Seguridad Social, del Tesoro Público, de la Intervención General de la Seguridad Social y otros expertos de los Ministerios de Economía, de Hacienda y de Empleo y Seguridad Social.

El acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social firmado en 2006, por el Gobierno y los interlocutores sociales, dedicó un apartado a las reformas necesarias en la estructura del Sistema de Seguridad Social, y apoyó el estudio de la modificación de la legislación reguladora del Fondo de Reserva, justificándola en la obtención de una mayor rentabilidad, garantizando la seguridad en las inversiones. Recordemos que a finales de 2006, fecha del acuerdo, el Fondo ya alcanzaba una cantidad considerable: 35.879 millones de euros, equivalente al 3,96% del PIB.

El 15 de junio de 2007, el Gobierno presentó en el Congreso de los Diputados un proyecto de Ley reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, iniciativa legislativa que fue promovida, tras el consenso alcanzado con los representantes de los sindicatos y empresarios, pero que no prosperó por falta de acuerdo de todos los grupos políticos parlamentarios, a pesar de que el citado proyecto fue expuesto, en una comparecencia en la Comisión no Permanente del Pacto de Toledo, por el Secretario de Estado de la Seguridad Social el 28 de marzo de 2007, sin que ninguna de las intervenciones de los representantes de los grupos parlamentarios mostrase rechazo a los principios rectores del citado proyecto, tal como figura en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados.

Sigue resultando muy necesario proceder a una reforma, con cierta profundidad, de la normativa que regula el Fondo de Reserva, ya que las razones esgrimidas en 2006 para llevar a cabo esos cambios siguen plenamente vigentes. A pesar de ello, en el informe resultante de la última renovación del Pacto de Toledo, de manera sorprendente, no consta ninguna referencia a esta cuestión. Sólo se incorpora como novedad el requerimiento de que se incrementen los medios materiales y personales de gestión del Fondo, lo que sin duda también es necesario.

Únicamente el voto particular número 1 menciona, sin dar muchos detalles, que está pendiente de realizarse esa modificación normativa con el consenso de todos los interlocutores sociales; rechazándose la posibilidad de que se invierta en activos financieros privados y que se externalice su gestión. Según los redactores de este voto particular, ello supondría un precedente privatizador de máximo riesgo.

En aquel proyecto de Ley se justificaba la nueva regulación por la tendencia al crecimiento del Fondo, y por la necesidad de alcanzar un mayor grado de eficacia en el cumplimiento de sus fines. En el proyecto se remarcaba el uso de los activos del Fondo de Reserva, únicamente por el gasto derivado del coste de las pensiones de carácter contributivo, flexibilizándose la utilización de esos activos en los términos que a continuación veremos.

También se citaba la posibilidad de que una parte del Fondo pudiera ser contratado con terceros dedicados a la gestión de activos, lo que suponía la opción de externalizar la administración de una pequeña parte del Fondo, siempre bajo sometimiento a la supervisión de sus órganos rectores.

Otra medida recogida en el proyecto de ley era la reordenación de la composición y competencias de los órganos de gestión del Fondo. Se pretendía obtener una mayor deli-

mitación de funciones entre los órganos que tenían atribuidas las competencias de decisión y supervisión, de los que ejercían la función de ejecutar las políticas que estos acordasen. Asimismo, se buscó potenciar el papel del órgano de participación social, para incrementar el protagonismo de los representantes sindicales y empresariales.

Hay una cuestión que trató el Proyecto de Ley y resultaba verdaderamente trascendente. Para la disposición de los activos, se flexibilizaban los requisitos contenidos en la Ley, al exigirse únicamente la existencia de situaciones de déficit presupuestario por operaciones no financieras del sistema de Seguridad Social, una vez acreditada la insuficiencia financiera, en función de los términos del programa de estabilidad del Gobierno. Con esta pretendida medida, se eliminaba con acierto la exigencia de que las situaciones de déficit que permiten la disposición de activos, tuvieran que ser de carácter estructural. Más adelante tendremos oportunidad de comprobar las dificultades interpretativas que provocaba la Ley 28/2003, para poder constatar estas situaciones, y que el proyecto de Ley soslayaba, como he comentado, con un nuevo texto más simplificador.

El proyecto de Ley, en su artículo cuarto, mantuvo certeramente un límite de las cuantías que anualmente se podían tomar del Fondo para el pago de prestaciones contributivas, cifrado en el 3% del importe anual de las pensiones contributivas.

Una interesante cuestión que se abordada en el proyecto de ley, era la nueva enumeración de los valores y los instrumentos financieros en los que podría invertirse. Se superaba la previsión de la Ley 28/2003, en la que únicamente se contemplan títulos emitidos por personas jurídicas públicas. El proyecto daba cabida también a valores de renta fija emitidos por entidades privadas que cotizasen con la calificación crediticia mínima otorgada por una agencia de calificación, reconocida por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. No olvidemos que la práctica totalidad de los fondos del mundo invierten también en renta variable. La cuestión que requiere un debate sosegado es la posibilidad o no de fijar un porcentaje máximo y no muy elevado para esta clase de inversiones. Sería razonable que así fuese.

De otra parte, el proyecto de ley definía con plausible claridad los principios que deberían regir el Fondo de Reserva, relacionando los siguientes: seguridad, rentabilidad, diversificación de riesgos, adecuación al horizonte temporal del Fondo, y responsabilidad social, económica y ambiental en la selección de las inversiones. Muchos de estos principios, no todos, son los que se han aplicado en los últimos años, tras su aprobación por el comité de gestión del Fondo de Reserva pero, de quedar plasmados en un texto legal, (como se pretendía con el proyecto de ley), tendrían un carácter más estable y permanente.

El pasado año se promulgó el Real Decreto-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de Medidas de Consolidación y Garantía del Sistema de Seguridad Social, por el que se establecen, según dicta su exposición de motivos, unas condiciones excepcionales para disponer del Fondo de Reserva; eliminándose el límite hasta entonces vigente del 3% fijado en la Ley 28/2003, y se permite el uso de los activos, en función del déficit que existente por operaciones no financieras, que pongan de manifiesto las previsiones de liquidación de los presupuestos de las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

Uno de los aspectos que regulaba la Ley actual, antes de ser modificada por el Real Decreto-Ley 28/2012, y que podía dar lugar a posibles problemas interpretativos en caso de tener que hacer uso del Fondo, era la forma en que debían acreditarse las condiciones establecidas para la disposición del Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Tanto la

Ley 28/2003, como el Real Decreto 337/2004 que la desarrolla, preveían que el Fondo podría ser utilizado para financiar posibles déficits de la parte contributiva del Sistema de Seguridad Social, cuando tuvieran la consideración de estructurales.

En la Ley y en el Real Decreto se exponía lo que se entendía por déficit estructural, y precisamente en la forma de determinararlo era donde surgían las dificultades sobre su alcance, al admitir diferentes interpretaciones. La Ley 28/2003, en su artículo cuarto, y el Real Decreto 337/2004, en su artículo tercero, al regular el uso de los activos, establecían que se destinarían con carácter exclusivo, a la financiación de las pensiones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión, siendo ello sólo posible en situaciones estructurales de déficit por operaciones no financieras del Sistema de Seguridad Social, no pudiendo exceder en cada año del 3% de la suma de ambos conceptos, precisando en todo caso la autorización previa del Consejo de Ministros.

Según prevenía el Real Decreto, se podría entender producida la situación estructural de déficit por operaciones no financieras, en dos supuestos que trataré de explicar a continuación.

1. El primero se produciría cuando las previsiones de liquidación del excedente presupuestario de las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, junto al exceso de los excedentes obtenidos por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y de Seguridad Social, arrojasen un resultado negativo durante tres semestres consecutivos, constituyendo éstos un ejercicio también negativo. La dificultad que surge siguiendo esta definición, es la de considerar esos tres semestres de resultado negativo, dado que, en la práctica, los resultados presupuestarios de la Seguridad Social y las previsiones de liquidación de los mismos, tienen carácter anual

2. Cabía otra posibilidad de calificar la situación estructural de déficit, según el mencionado Reglamento. Ello acontecería si, tras un ejercicio para el que la liquidación presupuestaria arrojara un resultado negativo, la previsión de liquidación realizada, una vez transcurrido el primer semestre del ejercicio siguiente, pusiera de manifiesto un resultado negativo, acumulando para ambos ejercicios más del 3% del crédito presupuestario correspondiente a las pensiones contributivas y demás gastos necesarios para su gestión.

En conclusión, dada la literalidad de la norma, en ambos casos sería obligado acudir a criterios interpretativos para aclarar las condiciones sobre disposición del Fondo de Reserva. Además, como he comentado, las situaciones de déficit estructural que define la vigente legislación, no tienen por qué coincidir con las dificultades de tesorería, aunque en momentos de déficit estructural ambas puedan coincidir temporalmente. Y al contrario, la caja única puede padecer problemas de liquidez, mientras presenta un presupuesto saneado.

Todas estas consideraciones llevan a reiterar la necesidad de que se proceda a realizar un cambio normativo, pero con mayor hondura y mejor técnica jurídica que la que proporciona un Real Decreto-Ley. Esas modificaciones deberían contribuir a facilitar la toma de decisiones sobre el uso del Fondo de Reserva, lo que en mi opinión ya fue contemplado en el proyecto de Ley reguladora del Fondo de Reserva de 2007.

El reciente Real Decreto-Ley 28/2012 suspendió para los años 2012, 2013 y 2014 la limitación fijada en la Ley 28/2003, sobre el uso del 3% de los activos del Fondo de Reserva en el sentido que he expuesto.

Asimismo, establece que durante los citados años el Gobierno podrá disponer del Fondo con el límite del importe del déficit por operaciones no financieras que se deduzcan de las previsiones de liquidación de los presupuestos de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social. Requiere el Real Decreto-Ley que con carácter trimestral se de cuenta al Consejo de Ministros de esos importes de los que se haga uso.

En el año 2012 el Gobierno realizó las primeras disposiciones del Fondo de Reserva desde su creación, que alcanzaron un total de 7.003 millones de euros: 1.700 millones de euros en septiembre, 1.363 en el mes de octubre y 3.940 millones en diciembre.

Esta nueva normativa debe ser calificada como precipitada, parcial e incompleta. El Gobierno actual, tras haber dictado el Real Decreto-Ley 28/2012 con una previsión temporal de tres años, ha dejado entrever que no tiene previsto, en un plazo tan amplio, iniciar los estudios y trabajos previos para la elaboración de un anteproyecto de Ley reguladora del Fondo de Reserva. No se entiende que se haya utilizado la figura del Real Decreto-Ley para la adopción de medidas que está previsto aplicar en un horizonte tan dilatado, ya que con ello esta medida legislativa pierde su carácter de urgencia.

Ahora el Fondo aparece regulado por una normativa híbrida, de una parte la anticuada Ley 28/2003 y de otra el provisional Real Decreto-Ley 28/2012. De este último se derivan dudas acerca de la regulación del uso de los activos del Fondo, ya que fija la posibilidad de su utilización discrecional. En este sentido, es significativo que se elimine el tope del 3% que se recogía en la Ley de 2003, sin que se sustituya por otro. Por razones de prudencia y de control, debería haberse fijado un porcentaje para el citado uso, que tendría que ser mayor que el existente hasta ahora, al resultar insuficiente en los actuales momentos una proporción tan reducida. Pero no se debió dejar en manos del Gobierno la opción de utilizar ilimitadamente los activos, ya que ello puede llevar a situaciones ni previstas, ni queridas.

Sobre esto último hay que incidir igualmente en que, a pesar de que el Gobierno califica las medidas incorporadas al Real Decreto-Ley 28/2012 de excepcionales, correlativamente no incorpora ningún control especial de la amplia potestad que se otorga a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Por ello, debería haberse reforzado el procedimiento ya existente para facilitar información sobre la disponibilidad del Fondo de Reserva; tanto en el Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, como en el Comité de Seguimiento del Fondo al que se convoca a los interlocutores sociales, y por supuesto en la propia Comisión no permanente del Pacto de Toledo. Por el contrario, el Real Decreto-Ley se limita a exigir que trimestralmente se informe al Gobierno del uso del Fondo de Reserva, algo que sólo tiene un carácter testimonial.

7. LA INTEGRACIÓN DE REGÍMENES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

7.1. El reto de la integración

La simplificación e integración de los regímenes especiales era objeto de interés desde hace tiempo, ya con anterioridad al Pacto de Toledo de 1995.

En la recomendación sexta del último informe del Pacto se alentó al Gobierno para que continuase con la reducción gradual del número de regímenes, para lograr a largo plazo la plena homogeneización del sistema público de pensiones y el encuadramiento de todos los trabajadores, bien en el Régimen General o bien en el Régimen de Trabajadores Autónomos, contemplando no obstante las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos pertenecientes a los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo.

Varias propuestas vigentes en el Pacto de Toledo hasta la renovación que se inició en 2008, recordaban esta tarea pendiente. El Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia, debía reformarse, adecuando y mejorando su financiación mediante un aumento de la contribución de los trabajadores autónomos, y alcanzando mayor proporcionalidad entre cotizaciones y prestaciones, mejorando la acción protectora, de manera que se acercase a la existente en el Régimen General.

El Régimen Especial de Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia tenía que quedar integrado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, pero sin perder de vista que el colectivo en el que se centraba este proceso, pertenecía a un Régimen Especial que en los últimos años había experimentado una fuerte disminución de afiliados, estaba incorporado a un sector con una pérdida de peso en el Producto Interior Bruto, y se sometía a una constante despoblación que debía ser contenida con estímulos, para conseguir la permanencia de los trabajadores autónomos agrarios en las explotaciones. También existía la necesidad de que se estableciese una fórmula adecuada para llevar a cabo la integración, sobre todo con en el diseño de un sistema especial, fijándose los parámetros que se deberían tener en cuenta para encuadrar en él a una parte del colectivo.

Lo mismo cabe señalar sobre la integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General.

Debe mencionarse otro gran proceso que igualmente estaba pospuesto, y que en un primer momento se calificó de convergencia, si bien después se conceptuó como integración: era la del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General, con las dificultades que se derivaban, al ser un colectivo con importantes singularidades, como la del medio en el que se desenvuelve la prestación de la actividad, existiendo la figura del titular del hogar familiar en lugar del empresario, o el carácter de confianza en el que está basada la relación laboral.

Comprobaremos en los siguientes epígrafes que el reto de integrar a los mencionados Regímenes Especiales comportó un trabajo de gran complejidad técnica

Quedan dos Regímenes Especiales sin integrar: el de Trabajadores del Mar, que contaba en enero de 2013 con 58.043 cotizantes, y el de Minería del Carbón, con 4.513 cotizantes en la misma fecha.

Si atendemos sólo al volumen de afiliados en alta registrado en estos Regímenes, vemos que ocupan un lugar secundario, pero aun considerando esta circunstancia, así como las especiales e importantes particularidades de cada uno ellos, que harán algo más complejo este proceso, finalmente deberán completar su proceso de integración.

La Comisión no Permanente del Pacto de Toledo tendrá que acometer, sin demasiada dilación, la posibilidad de la convergencia del Régimen de Clases Pasivas con el Régimen

General, que como correctamente recoge la recomendación cuarta, deberá llevarse a término de manera gradual, sin que afecte obviamente ni a las expectativas de derechos, ni a los adquiridos por los asegurados.

7.2. Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo

La legislación de Seguridad Social establecida para los trabajadores autónomos estaba constituida principalmente por el artículo 10 de la Ley General de la Seguridad Social de 1966, y por el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se reguló el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia.

Esta normativa posteriormente fue complementada con otra, destacadamente la Ley 63/2003, de 30 de diciembre, de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el 2004, por la que se promovió la cobertura de la Incapacidad Temporal para los trabajadores autónomos desde el cuarto día de la baja y la posibilidad de facilitarles la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, o la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2005, que acogió medidas de fomento del empleo autónomo, de jóvenes hasta 30 años y de mujeres hasta 35 años.

Desde hacía tiempo, por las asociaciones de trabajadores autónomos se requería una mayor integración normativa y una mayor homogeneidad entre este Régimen Especial y el Régimen General. Con ello se pretendía un acercamiento en los derechos de los trabajadores autónomos con los trabajadores por cuenta ajena, y una aproximación de sus bases de cotización.

Este Régimen es el segundo en importancia en el sistema, ya que contaba, en enero de 2013, con 3.008.925 afiliados en alta.

La Ley 20/2007, de 11 de julio, aprobó el Estatuto del Trabajo Autónomo, constituyendo uno de sus principales objetivos, además de la mencionada homogeneización, poner orden en la dispersión normativa que regulaba esta figura.

La Ley, que se convirtió en la norma de referencia para el trabajo autónomo, no se limitó a regular únicamente aspectos sobre financiación y protección social, sino que dedicó una parte de su articulado a reglamentar también una lista de derechos y deberes para estos trabajadores, y a establecer normas sobre prevención de riesgos laborales, de protección de menores, de garantías económicas, de promoción de la denominada cultura emprendedora dentro de la política de ayuda al trabajo por cuenta propia, de impulso de la formación profesional, y de favorecimiento del trabajo autónomo, mediante una política fiscal adecuada. Incluso dentro de esta variedad reguladora, se incluyó en la Ley la necesidad de reformar el procedimiento judicial laboral, para prever la inclusión de las controversias derivadas de los contratos que celebren los trabajadores autónomos económicamente dependientes en el ámbito de la jurisdicción social.

La forma de cotización dispuesta en esta Ley para los trabajadores autónomos contiene algunas salvedades, como la posibilidad de que se fijen bases de cotización diferenciadas para los trabajadores autónomos económicamente dependientes, o que se establezcan reducciones o bonificaciones en las bases de cotización o en las cuotas de seguridad

social, para ciertos colectivos de trabajadores autónomos, como el caso de personas con discapacidad, o las que se dedican a la venta ambulante, y en general para los colectivos que se determinen.

Una medida relevante consiste en la posibilidad de que los trabajadores autónomos contraten como trabajadores por cuenta ajena a sus hijos menores de 30 años, aunque convivan con ellos, con la limitación de quedar excluidos de la cobertura de desempleo.

La Ley, como he señalado, mejoró la protección social para los trabajadores autónomos, haciendo obligatorio el acceso a la incapacidad temporal por contingencias comunes a partir del 1 de enero de 2008 para todo el colectivo, con la excepción de los trabajadores autónomos agrarios incorporados a este Régimen. Por contra, la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, únicamente se declaró obligatoria para los trabajadores autónomos económicamente dependientes, situación que continúa así en la actualidad.

Desde el punto de vista de la acción protectora, la Ley 20/2007 recogió para los trabajadores autónomos, en equiparación a los trabajadores por cuenta ajena, un elenco de prestaciones económicas, como la ya citada incapacidad temporal, y también a las de maternidad y paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia, y por familiares a su cargo.

Con posterioridad, la Ley 32/2010, de 5 de agosto, estableció un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, haciendo realidad una reivindicación largamente mantenida por el colectivo y reflejada en el Estatuto del Trabajo Autónomo. La posibilidad de obtener esta protección alcanza a todos los trabajadores que se encuentren en alta en el Régimen Especial, incluidos los pertenecientes al Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

El órgano gestor de la prestación por cese de actividad son las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, ya que es un requisito para acceder a esta prestación que los trabajadores autónomos opten también por la protección de las contingencias profesionales, cuya gestión es competencia de las Mutuas.

7.3. La integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

Mediante la Ley 18/2007, de 4 de julio, se procedió a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos. Precisamente sólo unos días después se promulgó la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo, a la que también pudieron acogerse estos trabajadores por cuenta propia agrarios.

Además de lo predicado con reiteración por el Pacto de Toledo sobre la necesidad de esta integración, con anterioridad, en el acuerdo suscrito el 25 de octubre de 2005 por los Ministerios entonces denominados de Agricultura, Pesca y Alimentación y de Trabajo y Asuntos Sociales, con las organizaciones agrarias, Unión de Pequeños Agricultores, Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos, y Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores, se reafirmó esta conveniencia.

Inicialmente, antes de que la Ley entrase en vigor, se estableció un proceso de convergencia previo a la integración, sobre todo para aspectos ligados a la cotización, que abarcó los años 2006 y 2007. Al mismo tiempo, se sucedieron las reuniones negociadoras entre los representantes de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y de las Organizaciones Agrarias que he mencionado anteriormente, que dieron lugar tras un proceso fluido, a un texto de consenso que sirvió de base para elaborar el anteproyecto de ley que el Gobierno remitió al Parlamento.

La Ley 18/2007 hacía referencia en su exposición de motivos a la importancia de la integración de los trabajadores agrarios en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, conforme a la realidad social y a las particularidades del sector. En ella se incluyeron referencias a aspectos técnicos importantes, como la adecuación de la protección social, la clarificación del campo de aplicación y el tratamiento específico de la cotización.

Para adecuar los procedimientos internos de gestión derivados tanto de la citada Ley 20/2007, como de la Ley 18/2007, de 4 de julio, que trataré a continuación, se promulgó el Real Decreto 1382/2008, de 1 de agosto, con la finalidad de adaptar a las medidas legales los Reglamentos Generales de Recaudación, de Cotización y Liquidación de los derechos de la Seguridad Social, y sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

En la integración de los trabajadores por cuenta propia agrarios en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, un aspecto relevante fue la creación de un Sistema Especial en el que quedaron encuadrados los pequeños agricultores, facilitándose a éstos y a sus cónyuges su tránsito al nuevo Régimen Especial, con una reducción en la cotización para favorecer su permanencia en las explotaciones agrarias.

El número de trabajadores que se incorporaron al Sistema Especial en la fecha de 1 de enero de 2008 fue de 238.277.

La incorporación al sistema especial afectó además de al titular de la explotación agraria, a su cónyuge y a sus parientes mayores de 18 años, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, que no teniendo la consideración de trabajadores por cuenta ajena, realizan asimismo sus tareas agrarias en la explotación familiar de manera personal y directa.

Novedosamente, la disposición adicional segunda de la Ley asimiló a la figura del cónyuge del titular de la explotación agraria, a la persona ligada con este de forma estable por una relación de afectividad análoga a la conyugal, esto es, daba cabida de forma expresa a la inclusión en el Régimen Especial a las parejas de hecho del empresario o del titular de la explotación agraria.

Como condición para que los trabajadores quedaran encuadrados en el Sistema Especial, la Ley fijó una serie de requisitos, como la obligación de ser titulares de una explotación agraria y cumplir varias condiciones mínimas acerca de los rendimientos obtenidos de las actividades agrarias y otras complementarias, y sobre los rendimientos obtenidos de la propia explotación. La norma exigía que el autónomo agrario obtuviese como mínimo el 50% de su renta total de la realización de las actividades agrarias, siempre que la parte de la renta procedente directamente de la actividad agraria no fuese inferior al 25% de la renta total, y que los rendimientos anuales obtenidos de la explotación agraria no rebasasen la cuantía equivalente al importe de la base máxima de cotización al Régimen General.

Con posterioridad, el Real Decreto-Ley 29/2012, de 29 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, estableció en su disposición final segunda que, para determinar el cumplimiento de los requisitos sobre los citados rendimientos derivados de la actividad agraria, se podrá calcular la media de las rentas totales y de los rendimientos anuales netos sobre los 6 últimos ejercicios económicos precedentes a aquel en que se efectúe su comprobación, cuando anteriormente el plazo fijado era de 3 años. Se trata de un plazo excesivo para verificar las condiciones de pertenencia al sistema especial, lo que puede dar lugar a permanencias en el mismo que, resulten irregulares al rebasarse el nivel de rendimientos establecido legalmente, no rectificándose en su momento.

También la norma estableció como requerimiento para quedar incluido en el Sistema Especial, la realización de labores agrarias de forma personal y directa en las explotaciones, pudiendo disponer el autónomo agrario de hasta dos trabajadores fijos o, en caso de contratar a trabajadores mediante la modalidad de duración determinada, no superar en conjunto anual 546 jornales satisfechos.

Otra consecuencia de la inclusión de los trabajadores en el Sistema Especial fue la aplicación de reglas particulares sobre cotización a la Seguridad Social, en lo relativo a las contingencias de cobertura obligatoria, procediéndose además a la reducción de cuotas a favor de los familiares del titular de la explotación agraria.

Todos estos alicientes facilitaron en gran medida los propósitos y el éxito de la integración.

Por tanto, con el conjunto de medidas previstas en la Ley, se diseñó una integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, que les dio la ocasión de beneficiarse de las mismas prestaciones de las que ya disponían los trabajadores autónomos, atenuándose sin embargo para los agricultores titulares de pequeñas explotaciones agrarias el coste económico que suponía su inclusión. Estos dentro del colectivo son una fracción importante, que necesitaba un incentivo mayor para lograr su arraigo en el ámbito rural.

7.4. La integración de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario EN EL Régimen General de la Seguridad Social

El acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006, haciéndose eco de la recomendación sexta del Pacto de Toledo, incluyó la futura desaparición del Régimen Especial Agrario de Trabajadores por Cuenta Ajena, tras su incorporación a un nuevo Sistema Especial en el Régimen General de la Seguridad Social.

Al igual que ocurrió con los objetivos que se establecieron con motivo de la integración de los trabajadores autónomos agrarios, en este caso se buscó la equiparación en la cotización y en prestaciones de los trabajadores agrarios por cuenta ajena con los del Régimen General. No obstante, se añadió a ese proceso una exigencia que marcaría el desarrollo de las posteriores negociaciones entre el Gobierno y los interlocutores sociales, proveniente especialmente de los representantes de los empresarios agrarios: la integración no debería conllevar un incremento de costes, que pudiese resultar perjudicial para la competitividad y el empleo de las explotaciones agrarias.

En el proceso de integración se respetaron los tipos de cotización vigentes hasta entonces, disponiéndose bonificaciones y reducciones para incentivar la estabilidad en el empleo y la mayor duración de los contratos, lo que también contribuía a la contención de los costes empresariales.

Tras un período arduo de negociaciones entre el Gobierno y los agentes sociales, que duró más de cuatro años, la plena incorporación se produjo con la promulgación de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procedió a la integración del Régimen Especial Agrario en el Régimen General de la Seguridad Social, entrando en vigor esta norma el día 1 de enero de 2012.

En aquel instante se incorporaron al Régimen General 857.542 trabajadores agrarios.

En cuanto a la afiliación, altas y bajas de los trabajadores, lógicamente rigen las reglas comunes previstas para el Régimen General, con una excepción que mereció críticas justificadas: en los casos en los que se proceda a contratar trabajadores eventuales o fijos discontinuos el mismo día en que estos comiencen su prestación de servicios, las solicitudes de alta podrán presentarse hasta las 12 horas de dicho día, si no hubiese sido posible formalizarse con anterioridad al inicio de dicha jornada. Esta solución que dio la Ley, ante la insistente presión del sector empresarial agrario, no es acertada, ya que ello favorece situaciones de fraude en materia de altas de trabajadores, y de otro lado no parece estar justificada, dados los medios que ofrece la administración electrónica para la transmisión on-line de datos de afiliación por las empresas a la Seguridad Social.

Otro supuesto especial que reguló la Ley 28/2011, fue la exclusión de los trabajadores del Sistema durante los períodos de inactividad, con la consiguiente baja en el Régimen General. Son tres los casos que pueden llevar a esta situación: el primero, cuando el trabajador no realice un mínimo de 30 jornadas de labores agrarias en un período continuado de 365 días, computados desde el siguiente a aquél en que finalice el período anterior; el segundo, por falta de pago de las cuotas correspondientes a períodos de inactividad, durante dos meses consecutivos; y el tercero, por solicitud del trabajador.

La reincorporación del trabajador al sistema será posible si realiza un mínimo de 30 jornadas, dentro de un período continuado de 365 días anteriores a la fecha del reinicio de la cotización por períodos de inactividad, debiendo estar al corriente en el ingreso de las cuotas correspondientes a períodos de inactividad.

En los períodos de inactividad la norma sigue permitiendo al trabajador que ingrese mensualmente pagos en concepto de cotizaciones, cuya cuantía se determinarán en las sucesivas leyes de los Presupuestos Generales del Estado, evitando de ese modo la aparición de lagunas en las carreras de cotización.

Se entenderá existente la citada situación de inactividad cuando el número de jornadas reales efectuadas por el trabajador sea inferior en un mes, al 76,67% de los días naturales porcentaje, (lo que es un equivalente a 23 jornadas), en que el trabajador figure incluido en el sistema especial en dicho mes. Con esta medida se sigue amparando la situación que existía con anterioridad a la integración, en la que se establecía, para los períodos de inactividad, la facultad de realización de una cotización mensual en función de la categoría del trabajador.

En el proceso de integración se tuvo en consideración la situación de los trabajadores que el día 31 de diciembre de 2011 se encontraban de alta en el extinguido censo agrario, pero que en aquel momento cotizaban durante los períodos de inactividad agraria. Estos se incorporaron al nuevo sistema especial con derecho a cotizar durante dichos períodos. Por el contrario, para los trabajadores que en aquel instante no se encontraban en alta en el censo agrario, la norma aceptó su cotización en situación de inactividad, pero tras realizar un mínimo de treinta jornadas.

La base de cotización para los períodos de inactividad será la base mínima vigente en cada momento por contingencias comunes, a la que se aplicará el tipo del 11,5%, el mismo que en el antiguo cupón agrario.

Me he referido al requerimiento empresarial consistente en que el proceso de integración no supusiese un aumento real del coste para el sector. Con tal motivo se incorporaron en la norma medidas orientadas a una contención de los pagos por parte de las empresas a la Seguridad Social.

Por ello se dispuso un período transitorio. De un lado, y como punto de partida, se fijó en un principio una base máxima de cotización de 1800 euros para el mes, o 78,26 euros por cada jornada, quedando pendiente el aumento de esta base, a lo que estableciesen las leyes de los Presupuestos Generales del Estado. En el futuro, está previsto que esa base máxima quede equiparada a la base máxima del Régimen General. Quedó dispuesto que en un plazo de 4 años se eliminasen los topes máximos de cotización intermedios. Todo ello, a diferencia de lo que establecía la normativa derogada, que requería que la cotización se modulara sobre bases tarifadas.

De otra parte, el tipo de cotización imputable a los empresarios, una vez aplicada la reducción que para el año 2012, partió del 15,50%, se incrementará anualmente en 0,45 puntos porcentuales durante el período de 2013 a 2021, en 0,24% en el período de 2027 a 2031, y finalmente en ese último año deberá alcanzar el tipo del 23,6%.

Las medidas transitorias incluían reducciones en la cotización empresarial para las contingencias comunes, diferenciando para el período de 2012 a 2031 a los trabajadores incluidos en el grupo 1 de cotización, del resto. Para aquéllos, se previó una reducción del 8,10% de la base de cotización y para los demás trabajadores incluidos en los grupos 2 a 11, se establecieron reducciones crecientes en la cuota empresarial por contingencias comunes, hasta el año 2031.

La cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no sufrió variaciones con la reforma, ya que anteriormente se efectuaba igualmente sobre los salarios reales percibidos. La Ley introdujo la cotización para la formación profesional.

En la cotización por la contingencia de desempleo, los tipos no variaron, aunque aumentó su importe al incrementarse las bases de cotización.

La cotización durante la situación de Incapacidad Temporal y de riesgo durante el embarazo y la lactancia, se rige según las normas del Régimen General para el caso de los trabajadores con contrato indefinido. Para los trabajadores con contrato temporal y fijo discontinuo, la cotización sólo correrá a su cargo los días en que no esté prevista la prestación de servicios, siendo el pago responsabilidad del empresario en los períodos correspondientes al tiempo de la contratación.

Por lo tanto, las prestaciones para los trabajadores agrarios integrados en el Régimen General mejorarán, al tomarse en consideración para el cálculo de las bases reguladoras las bases de cotización declaradas, que se establecerán en función del salario real. En cambio con la regulación anterior, al preverse la existencia de bases tarifadas, la cotización y la protección social se determinaban sobre módulos fijos, no quedando vinculadas las expectativas de mejora de las prestaciones sociales a la realización efectiva de un desarrollo mayor de la actividad profesional y de una mayor retribución.

A partir de la adopción de estas medidas desde el momento de la integración, los trabajadores agrarios por cuenta ajena pasaron a disfrutar de los mismos derechos en materia de prestaciones que los existentes en el Régimen General, siendo esto compatible con la gradualidad del esfuerzo contributivo derivado para empresarios y trabajadores agrarios, con este proceso.

7.5. La integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social

Otro de los antiguos Regímenes Especiales de la Seguridad Social que debía confluir con el Régimen General, era el de Empleados de Hogar. Si bien en diferentes documentos del Pacto de Toledo, así como en el acuerdo de 13 de julio de 2006, firmado entre el Gobierno y los Agentes Sociales, se hablaba de una futura convergencia, en el Acuerdo Social y Económico de 2 de febrero de 2011 se sustituyó dicho término por el de integración en el Régimen General, ratificado posteriormente por el Acuerdo que se formalizó entre el Gobierno y los sindicatos Unión General de Trabajadores y Comisiones Obreras, el 27 de junio de 2011. No participó en la firma ninguna representación empresarial, al carecer de implantación en el sector, aunque la Secretaría de Estado de la Seguridad Social elevó consulta sobre el cambio que se iba a acometer tanto a la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, como a la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa.

El marco normativo por el que se articuló la reforma se materializó en la Disposición Adicional Trigésima Novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social; que estableció la integración con efectos de 1 de enero de 2012, mediante la creación de un Sistema Especial y con la fijación de un plazo transitorio, aplicable a aspectos relacionados con la cotización y las prestaciones, y un período de adaptación entre el día 1 de enero y 30 de junio de 2012, en el que los empleadores debieron tramitar el alta de sus trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social.

La reforma efectuada en materia de Seguridad Social persiguió los objetivos de mejorar la protección social para los empleados de hogar, y propiciar que la cotización estuviese referida a las horas realmente trabajadas, motivo por el que se estableció una escala tarifada, de conformidad con los salarios percibidos.

Así, para la aplicación de las bases de cotización se idearon unas escalas con 15 tramos, vigentes para el año 2012, a los que estaba previsto añadir un nuevo tramo en 2013. Al alcanzarse el año 2019, las bases se determinarán según el principio general previsto en el artículo 109 de la Ley General de la Seguridad Social. De igual manera, el tipo de

cotización por contingencias comunes fijado para 2012 sería incrementado hasta el año 2018, confluendo a partir del año 2019 con el correspondiente al Régimen General.

Sin embargo, el tipo de cotización por contingencias profesionales, sería el resultante de aplicar directamente la vigente tarifa de primas para este colectivo de trabajadores.

La norma también establece algunas singularidades resultantes de la adaptación del nuevo Sistema Especial, como es el caso del abono de subsidio por Incapacidad temporal en caso de enfermedad común y accidente no laboral, que estará a cargo del empleador entre los días cuarto al octavo, y de la Seguridad Social a partir del noveno día.

Entre las mejoras de la acción protectora, quedó excluida la protección por desempleo, a pesar de ser una antigua reivindicación del colectivo. No obstante, se estableció la posibilidad de que en el futuro los empleados de hogar puedan acceder a esa protección.

Los cambios en la regulación aplicada a los empleados de hogar no se limitaron al ámbito de la Seguridad Social. También en el orden laboral se llevaron a cabo importantes adaptaciones, que buscaban modernizar la relación laboral de carácter especial, regulada por una norma ya obsoleta. Estos cambios se introdujeron a través del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, fruto en gran parte del proceso de negociaciones desarrolladas por los interlocutores sociales y el Gobierno, que fructificaron en el Acuerdo de Medidas en Materia de Seguridad Social de 2006, que, como ya he indicado, tuvo su continuidad en el Acuerdo Social y Económico de febrero de 2011.

Estas principales novedades consistieron en el acceso al puesto de trabajo a través de los servicios públicos de empleo y de las agencias de colocación, formalizando el correspondiente contrato de trabajo por escrito; asimismo, se dispuso la garantía del percibo en metálico de al menos el importe del salario mínimo interprofesional, la prohibición de que la remuneración en especie no superase el 30% de las prestaciones salariales (anteriormente recordemos que era el 45%), la ampliación del descanso entre jornadas y el incremento de la indemnización por despido a causa del desistimiento del empleador.

El Real Decreto-Ley 29/2012 introdujo modificaciones para este Sistema Especial, que pretenden perfilar y mejorar su funcionamiento, según se resalta en su texto. Redujo el número de tramos para determinar la base de cotización de 15 a 8 (el tramo 16 que debió aplicarse a principios de 2013, no llegó a entrar en vigor). Esa norma ha adecuado las previsiones sobre la cotización en el Sistema Especial entre los años 2013 a 2018, al establecer que las retribuciones mensuales y las bases de cotización de los tramos, se actualicen en igual proporción que el incremento del Salario Mínimo Interprofesional en cada año.

El Real Decreto-Ley incluyó otra serie de reformas en el Sistema Especial, entre las que destacan la facultad que se otorga a los trabajadores que presten servicios por menos de 60 horas al mes, de instar sus altas, bajas y variaciones de datos cuando así lo acuerden con los empleadores, que deberán en tal caso firmar la solicitud. Si se alcanza un acuerdo, el trabajador debe responder de la obligación de cotizar, ingresando la aportación propia y la correspondiente al titular del hogar familiar. De otro lado, destaca la obligación de que se formalice la cobertura de las contingencias profesionales con la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social, según se opte.

Todavía es pronto para obtener conclusiones precisas sobre los efectos de la aplicación de esta nueva normativa, aunque el actual Secretario de Estado de la Seguridad Social, Tomás Burgos Gallego, calificó tal vez precipitadamente, al número de afiliados incorporados al sistema y a la evolución de la recaudación obtenida, de discretos.

La entrada en vigor de este nuevo marco jurídico ha coincidido con uno de los peores momentos de nuestro país, a consecuencia de la crisis económica, lo que no ha permitido evidenciar los beneficios que puedan resultar de esta integración.

En septiembre de 2012 el Gobierno elevó a la Comisión no Permanente del Pacto de Toledo un balance sobre la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General.

En ese informe no se dio su debido valor a las mejoras de carácter social y laboral que obtuvieron los trabajadores con su integración en el Sistema Especial, ya que sobre ellas únicamente hay escuetas menciones. Al contrario, aquel centra su atención en la pérdida de recaudación proveniente del sector, que la Tesorería General de la Seguridad Social ha constatado tras la integración, aunque ello no genera tensión financiera para el sistema.

No deja de sorprender que apenas transcurridos unos meses desde la puesta en marcha del Sistema Especial de Empleados de Hogar, se elaborase por el Gobierno un Informe conteniendo un balance de la integración, cuando faltaba una perspectiva temporal suficiente para ello, y por el contrario, no se haya adoptado una decisión similar en los otros casos de integración de Regímenes Especiales que se han tratado en líneas anteriores.

Del mismo modo, existen otras medidas adoptadas por el Gobierno, que también inciden en la recaudación, y que persiguen al igual que la integración de los empleados de hogar en el Régimen General, propiciar el arraigo en el sistema de Seguridad Social de determinados colectivos. Tal es el caso de la prórroga de la obligación de cotizar por parte de los trabajadores autónomos por la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, o la medida adoptada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, sobre el establecimiento de una cuota muy reducida para los menores de 30 años que se den de alta como trabajadores autónomos. Sobre esas decisiones no se han formulado objeciones en el mismo sentido que las señaladas para los empleados de hogar.

El balance efectuado por el Gobierno busca establecer una relación puramente material entre el resultado de los ingresos y el del coste de prestaciones. Cuando se realiza un análisis sobre la integración de un colectivo en un Régimen, como en este caso, resulta extemporáneo apoyar la argumentación en elementos meramente utilitaristas.

7.6. Balance de los procesos de integración

El proceso que se ha desarrollado en los últimos años sobre la integración de los Regímenes Especiales de los trabajadores agrarios por cuenta propia y ajena y de los empleados de hogar, ha dado como resultado un enorme progreso en el cumplimiento de los objetivos que, desde 1995, había fijado el Pacto de Toledo.

Desde un punto de vista general, se ha logrado la efectiva integración de Regímenes Especiales, en el Régimen General o en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, avanzando con ello en el proceso de simplificación de la estructura de la Seguridad

Social, lo que es en sí mismo muy positivo. No obstante, quedan pendientes para el futuro las integraciones de los Regímenes Especiales de Trabajadores del Mar y de la Minería del Carbón, y la convergencia del Régimen de Clases Pasivas, aunque todos ellos poseen singularidades que sin duda dificultarán los procesos que se acometan.

En la confluencia del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con el Régimen General, encontramos pros y contras. Entre los primeros, cabe poner de manifiesto que se ha permitido que los trabajadores encuadrados en este Régimen Especial gocen de una mayor plenitud de derechos, al haberse extendido de manera obligatoria, para todo el colectivo, la cobertura de incapacidad temporal por contingencias comunes, o a la prestación por cese de actividad, largamente demandada.

Por el contrario, queda pendiente conseguir que los trabajadores pertenecientes al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos coticen, con carácter preceptivo, por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como que su base de cotización sea mayor en términos generales, lo que les permitirá alcanzar unas prestaciones de Seguridad Social más elevadas y disminuir el desequilibrio, existente en la actualidad, entre los ingresos procedentes de este Régimen y el gasto que supone el pago de las prestaciones de Seguridad Social para este colectivo.

Sobre la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos hay que destacar, globalmente, como un acierto, la ocasión que se les ha dado de quedar equiparados con el resto de trabajadores autónomos en su relación con la Seguridad Social. En particular hay que subrayar el trato especial previsto para los pequeños agricultores, que quedaron integrados en un Sistema Especial, en cuya inclusión les facilita la reducción de la cotización para permitir el arraigo en la explotación agraria, tanto de ellos como de su cónyuge o pareja de hecho y parientes mayores de 18 años.

Para que el tipo de trabajadores encuadrados en el Sistema Especial sean los que prevé la Ley 18/2007, es necesario que se compruebe regularmente el cumplimiento de las condiciones que dispuso, en función de la naturaleza de las rentas obtenidas. Por ello es necesario que estos controles se sucedan en periodos breves de tiempo, debiendo destacar que hasta la actualidad no se ha realizado ninguna verificación, lo que puede llegar a desnaturalizar en parte el objetivo perseguido en la reforma del Régimen Especial.

La integración de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario, en el Régimen General de la Seguridad Social, aunque resultó larga y de gran complejidad técnica, aportó una solución satisfactoria, no sólo por la tarea simplificadora llevada a cabo, sino también porque se consiguió el objetivo de igualar las condiciones de los trabajadores agrarios a las de los pertenecientes a otros sectores económicos, estableciéndose un nuevo sistema de cotización y protección.

Con ello desaparecieron las trabas que les negaban a aquéllos la oportunidad de mejorar sus expectativas con la Seguridad Social, permitiendo la igualdad en la protección social con el Régimen General. En algunos casos esta equiparación será progresiva, no tanto en derechos, sino en cuantías, al haberse dispuesto un periodo transitorio para el que se fijó una base de cotización máxima inferior a la del Régimen General, que se irá incrementando según determine en lo sucesivo la norma, en un plazo no superior a los cuatro años,

hasta que la base reguladora y las bases de cotización declaradas en función del salario real coincidan.

Los empleados de hogar fueron definitivamente integrados en el Régimen General, aunque en ocasiones anteriores se había pensado más en una convergencia, que indudablemente no habría resuelto su situación con la Seguridad Social. Esta integración fue igualmente laboriosa, ya que se trataba de encajar un colectivo con unas especiales características en la prestación de su actividad laboral, y ante la inexistencia de la figura del empresario en sentido estricto, ya que los servicios se prestan en un hogar familiar cuyo titular no tiene la condición de empresario. Además la relación, sin dejar de ser laboral, conlleva unas notas propias como son la confianza mutua entre las partes, y la peculiaridad con que se presta el trabajo.

Uno de los grandes retos de la integración de los trabajadores del hogar familiar estuvo constituido por la necesidad de acoger todas las relaciones contractuales, independientemente del tiempo de trabajo. Esto se consiguió admitiendo el alta en la Seguridad Social de todos los trabajadores, desapareciendo el límite horario existente en la normativa derogada. Ello permitió el acceso a los beneficios y también la asunción de las obligaciones que dispone el Régimen General.

Los empleados de hogar tendrán derecho en un próximo futuro a una protección completa de la Seguridad Social, en lo que se refiere a la cuantía de las prestaciones, cuando coticen en función de los salarios percibidos. Mientras tanto, cotizarán en función los tramos previstos para fijar la base de cotización según el número de horas trabajadas.

En el momento de hacer un balance de lo que supuso para los empleados de hogar su integración en el Régimen General, hay que valorar los avances sociales que aquella contempló, sin que debamos fijarnos únicamente en resultados recaudatorios. Los logros obtenidos sobre mejora de las prestaciones son evidentes, no sólo por la posibilidad de incrementar la base de cotización en correspondencia al salario, sino también por la mejora de la prestación por incapacidad temporal, que se percibirá desde el cuarto día de la baja laboral, y la ampliación de la protección por accidente de trabajo o enfermedad profesional. A ello debemos añadir otros avances asimismo importantes en el ámbito de la relación laboral.

8. LA MODERNIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LOS NUEVOS SERVICIOS DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

Ha sido una constante desde las primeras recomendaciones del Pacto de Toledo, el interés por propiciar avances en la mejora de la gestión de la Seguridad Social a través de la integración de las funciones de afiliación, recaudación y gestión de prestaciones, así como por disponer de una Administración que garantice la eficacia, la racionalización, la economía de costes, y los principios de solidaridad, equidad e igualdad que informan el Sistema.

La actual recomendación número siete, refleja tanto este deseo de modernización, como la necesidad de establecer canales de información y comunicación entre el ciudadano y la Administración.

La Administración de la Seguridad Social fue pionera en el uso de los medios electrónicos, Hubo dos momentos importantes en este proceso de modernización de los que se hizo eco el Pacto de Toledo. Uno de ellos se desarrolló a mediados de la década de los años 80 del siglo pasado, cuando se establecieron una serie de mejoras que permitieron a la Administración de la Seguridad Social agilizar y acercar al ciudadano a los procedimientos administrativos, sobre todo en el campo de las prestaciones y en el control de los ingresos.

El segundo se llevó a cabo a principios de la pasada década, mediante la utilización intensiva de la administración electrónica, una vez desaparecida la denominada brecha digital entre los internautas y aprovechando la expansión de Internet, lo que afectó especialmente a las funciones de afiliación y de recaudación. Estos impulsos se desarrollaron como resultado de la importante cantidad de recursos asignados, de una adecuada planificación de objetivos, y de la mejora de la cualificación de los trabajadores de la Seguridad Social, creándose con todo ello una cultura administrativa particular, en consonancia con los servicios que debían atenderse.

Estos avances consolidaron un modelo de relación entre la Administración de la Seguridad Social y los ciudadanos, que posteriormente fue acogido por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que estableció el principio por el que los ciudadanos se podrían comunicar más activamente con la Administración a través de los medios electrónicos.

Entre las acciones que resultan más interesantes sobre la atención a los ciudadanos, destaca la página web de la Seguridad Social, que se ha constituido en un referente, ya que a través de ella los ciudadanos han podido acceder telemáticamente al sistema. En ella se ha emplazado una útil oficina virtual, y la posibilidad de acceder electrónicamente a los servicios y procedimientos que ofrece la Seguridad Social.

Igualmente se deben subrayar las actuaciones desarrolladas para proporcionar a los trabajadores información sobre la evolución de sus expectativas con la Seguridad Social, a través de la remisión regular de sus vidas laborales y de sus bases de cotización, o mediante la implantación de un afianzado servicio de consulta telefónica.

Para facilitar la relación entre los ciudadanos y la Seguridad Social, se puso en marcha por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social una nueva sede electrónica, que entró en funcionamiento en marzo de 2010. Se concibió como un portal al que se trasladaron los servicios que anteriormente figuraban en la antigua oficina virtual, que residía en la página web de la Seguridad Social, a excepción del sistema de remisión electrónica de documentos.

En el ámbito de la afiliación y de la recaudación, los grandes ficheros generales de la Seguridad Social son la base de la que se nutre la administración electrónica en la Seguridad Social. Se trata de grandes registros en los que hay depositada abundante y sensible información.

En el Fichero General de Afiliación, puesto en marcha en 1992, figuran todos los datos acumulados de encuadramientos de las empresas, así como de afiliación y permanencias de los trabajadores en la Seguridad Social. En él se registran anualmente cerca de 60 millones de movimientos de altas, bajas o modificaciones de las situaciones de los trabajadores.

En el Fichero General de Recaudación, que data de 1994, se registran todos los movimientos de los cobros, las deudas, los aplazamientos de pago de las cotizaciones sociales, o los derivados de la vía de apremio. Y en el Fichero General de Bases se registran las bases de cotización comunicadas a la Tesorería General de la Seguridad Social, que alcanzan anualmente en torno a 270 millones.

Me he referido anteriormente a que en la sede electrónica de la Seguridad Social se ha puesto a disposición de trabajadores y empresarios múltiples servicios. Se pueden citar, con carácter general y a título de ejemplo, la posibilidad de obtener los informes de vida laboral y de bases de cotización, la asignación del número de Seguridad Social, la obtención de un código de cuenta de cotización para los empresarios individuales, o las solicitudes de altas y bajas de los trabajadores autónomos en su Régimen Especial.

Sobre los procedimientos que se pueden iniciar por medios electrónicos, cabe citar la solicitud de inscripción y baja del empresario individual, las altas, variaciones y bajas por los trabajadores en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, las variaciones de datos en un código de cuenta de cotización, la petición de aplazamiento de deudas, la solicitud de devolución de ingresos indebidos, o la presentación de impugnaciones frente a los actos de gestión recaudatoria.

En cuanto al procedimiento de recaudación de cuotas, se ha adaptado también a las nuevas posibilidades que le ofrece la gestión electrónica, experimentando una evolución muy interesante. Brevemente podemos remontarnos al año 1995, cuando se puso en marcha el ya veterano sistema de remisión electrónica de documentos, proyecto avanzado en su tiempo, que se concibió como un canal para que las empresas transmitieran a la Seguridad Social los datos de liquidación por medios electrónicos.

El tránsito del sistema de Remisión Electrónica de Documentos hasta la actualidad ha tenido diferentes etapas, que abarcan desde la inicial, caracterizada por su sencillez y la eficacia en los resultados, pasando por la ampliación de sus funciones, que permitió a las empresas la comunicación de los datos de afiliación y de los partes de alta y baja de forma electrónica, hasta que más recientemente se ha convertido en una vía de información que permite también trasladar noticias desde la Tesorería General de la Seguridad Social a las empresas.

Tras la experiencia acumulada a través del sistema de remisión electrónica de documentos, se dio un nuevo paso en el ámbito de la recaudación, al diseñarse en el año 2008 el proyecto CRET@, denominado así al tratarse del control de la recaudación por cada trabajador. Fue ideado para que la Tesorería General de la Seguridad Social lleve a cabo el cálculo de las liquidaciones, no ya en función de los datos correspondientes al código de cuenta de cotización, sino individualmente por cada trabajador. Con ello desaparecerá de forma progresiva la autoliquidación que realizan las empresas, al facturarles la propia Tesorería General el pago de las cuotas.

Este modelo está implantado actualmente para se acojan a él, de manera voluntaria, las empresas de menos de 15 trabajadores, con la meta puesta en integrar en el futuro a todas las empresas. Cuando ello se haya decidido, la Tesorería General de la Seguridad Social, efectuará por consiguiente el cálculo de la cotización, trasladando la correspondiente facturación a cada empresa. Se trata de un programa que es pionero en el ámbito europeo, junto con otro proyecto, que participa en parte en esta idea, puesto en marcha por la Seguridad Social austriaca.

Por lo tanto, el proyecto CRET@ no sólo ha modernizado y agilizado el procedimiento de recaudación de cuotas, sino que permite que éste pueda ser dirigido en todas sus fases por la Tesorería General de la Seguridad Social, al disponer de los datos necesarios para efectuar su cálculo, según la información aportada por la propia empresa, y que estará depositada en los grandes ficheros generales.

Sobre este proceso de modernización administrativa, en lo concerniente a la recaudación de las cotizaciones sociales, podemos enumerar brevemente otros avances relacionados con la completa informatización de prácticamente todos los procesos de gestión, como es el caso de la autorización de aplazamientos de las deudas, de la vigilancia contra el fraude a la Seguridad Social, la tramitación de los recursos administrativos, la administración del Fondo de Reserva, la gestión de los ingresos en la vía de apremio a través tanto de embargos telemáticos, como de la utilización de la banca electrónica para realizar los pagos, del control del patrimonio de la Seguridad Social, o de la comunicación de la Administración de la Seguridad Social con los ciudadanos.

A principios de 2011 se puso en funcionamiento otro proyecto consistente en la notificación telemática de los actos administrativos de recaudación de cuotas. El objetivo buscado era prescindir del soporte papel para efectuar estas notificaciones, con una implantación paulatina y compleja de este nuevo proceso. No debemos olvidar que la Tesorería General de la Seguridad Social notifica anualmente alrededor de 12 millones de actos derivados de los procedimientos de recaudación voluntaria y ejecutiva.

Correlativamente se implantó, a principios de 2011, el denominado tablón electrónico de avisos y edictos de la Seguridad Social. Una vez puesto en marcha, ya no resulta necesario recurrir a la publicación de los actos administrativos en el tablón de edictos de los Ayuntamientos, ni en los boletines oficiales provinciales y autonómicos.

Con estas nuevas formas de notificación la Seguridad Social se consiguió cubrir varios objetivos: proporcionó a los ciudadanos mayor seguridad jurídica, al existir mayor certeza de la recepción de los actos administrativos que se les notifican; estos procedimientos suponen una importante disminución de costes y permiten mejorar los tiempos de tramitación de los procedimientos administrativos, al acortarse los plazos de notificación.

En conclusión, con el desarrollo del modelo de la administración electrónica, la Administración de la Seguridad Social ha cumplido en buena medida la recomendación séptima del Pacto de Toledo, sobre todo en lo referente a la modernización administrativa de la Seguridad Social.

9. HACIA UNA AGENCIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En el Pacto de Toledo, desde 1995, se ha insistido a través de distintas fórmulas, en la necesidad de implantar una organización administrativa única para la Seguridad Social. Aunque el Pacto nunca ha mencionado una forma organizativa específica, se deduce su opción. Tampoco apareció esta preferencia en ninguno de los debates y comparencias de su última renovación.

Sólo encontramos una breve mención en el texto del voto particular número 14, que figura en el Informe de 2011 de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, al solicitar que

se unifique la dispersión de instituciones de la Administración de la Seguridad Social. A través de este voto se pidió la creación de una organización que aglutine las funciones de recaudación, de afiliación y de prestaciones de la Seguridad Social. Aunque la integración no garantiza en sí misma la mejora de la gestión, serán importantes la forma y condiciones en que se haga efectiva dicha integración.

La recomendación octava del informe aprobado en 2011, persistió en una antigua reivindicación que proviene de lo sugerido por el Pacto de Toledo en su versión de 1995, sobre integración de las funciones de afiliación, recaudatorias y de gestión de las prestaciones. El texto, de manera más explícita, hizo referencia a la puesta en marcha de un mecanismo unitario de gestión, que garantizase la simplificación, la racionalización, la economía de costes, y los principios que presiden la Seguridad Social española: reparto, solidaridad, igualdad y equidad.

En la actualidad, la Administración española de Seguridad Social dispone de una estructura administrativa compleja, pero altamente eficiente en la gestión y desde el punto de vista de sus gastos de funcionamiento. El coste de la Administración de la Seguridad Social representa el 0,5% del Producto Interior Bruto, frente a la media del 1,1% registrada en los países de la Unión Europea.

La Seguridad Social española garantiza tiempos de respuesta rápidos, desarrolla los procedimientos administrativos con una gran calidad y seguridad jurídica. Lleva a cabo de manera eficaz la gestión de las funciones recaudatorias, del control de la deuda y de la morosidad, de administración del patrimonio de la Seguridad Social, y de las prestaciones. El actual modelo, que está muy consolidado, data de finales de los años 70, aunque necesita un nuevo impulso que dote a aquélla de una nueva organización, para dar lugar a una estructura menos rígida y más integradora y económica.

Pese a que desde finales de la pasada década de los años 90 se elaboraron algunos estudios e informes de carácter interno por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, con la finalidad de que sirvieran de base para un posible anteproyecto de Ley de creación de una Agencia de la Seguridad Social, esta idea entonces no cuajó.

En la pasada legislatura, en sintonía con la sugerencia del Pacto de Toledo, el Gobierno remitió al Congreso de los Diputados un anteproyecto de Ley creador de una Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social. Ello se materializó en la Disposición Adicional séptima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que autorizó al Gobierno para la creación de la Agencia.

La creación de la Agencia iba a dar lugar a una entidad en la que se integrarían el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, el Servicio Jurídico de la Seguridad Social, y el Instituto Social de la Marina, éste último en la parte en que sus funciones se correspondiesen con la gestión del Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Nada se dijo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con la que posiblemente la Agencia debiera establecer un acuerdo marco de colaboración.

La norma de 2011 definió la composición de la Agencia, así como sus competencias, que comprendían todas las que gestionan en la actualidad las entidades relacionadas en el

anterior párrafo. Excluyó de forma expresa la gestión de la protección por desempleo, así como los servicios sociales y la asistencia sanitaria.

El diseño de esa futura Agencia también excluyó la gestión de los Regímenes Especiales de los Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de los Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia; aunque sería razonable que en un tiempo no muy lejano puedan integrarse en la misma, en paralelo a su convergencia con el Régimen General.

En la futura Agencia deberá considerarse la gran amplitud que han ido adquiriendo las entidades de la Seguridad Social, especialmente la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, desde su creación hasta la actualidad, con tareas especialmente sensibles, en el apartado de recaudación de cuotas, en la dirección financiera de la caja única, en el control de la morosidad y el fraude, y en la adaptación del sistema a las nuevas necesidades sociales, con la creación de nuevas prestaciones o el reforzamiento de otras existentes, y el desarrollo de nuevos procedimientos puestos en marcha más recientemente en el entorno de la administración electrónica.

De otra parte, un órgano administrativo único de la Seguridad Social daría lugar a un menor gasto, ya que se eliminarían las duplicidades de su estructura. Tengamos en cuenta, además, que la Administración de la Seguridad Social dispone de cerca de 30.000 trabajadores y más de 1.100 centros.

La Agencia de la Seguridad Social participaría de la idea general que define la creación de las Agencias Estatales, reguladas en la Ley 28/2006, de 18 de julio, para que se doten de capacidad de decisión sobre sus recursos y sus competencias, junto a una mayor autonomía de funcionamiento. A su vez, como ya ha quedado dicho, la Agencia garantizaría los principios que caracterizan a la Seguridad Social.

La Disposición Adicional séptima de la Ley 27/2011 precisaba que la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social, entraría en funcionamiento tras la aprobación de su Estatuto, a través de un Real Decreto. Este Estatuto, cuando vea la luz, cumplirá la función de desarrollar el perfil de la Agencia, constituyéndose por tanto, en el instrumento que desarrolle con precisión las competencias, los órganos de dirección, los consultivos y los de control, y el régimen de personal. Ya que uno de los principales objetivos de la Agencia es eliminar las posibles duplicidades, su estructura orgánica debería atender a la reagrupación de competencias, que serían ejercidas por un número de responsables de las diferentes áreas más limitado que el actual.

Si nos fijamos en el patrón seguido en el modelo de las Agencias creadas hasta ahora en nuestro país, la de la Seguridad Social deberá contar con un Presidente que ejerza una doble labor, de tutela y representativa, y con un Director General, que llevaría a cabo funciones ejecutivas y de coordinación de todas las áreas, en las que podría haber al frente varios Directores de Departamento o Directores Adjuntos.

Sin embargo, iniciada la actual legislatura, la actual Ministra de Empleo y Seguridad Social, manifestó en su comparecencia en la Comisión no Permanente del Pacto de Toledo el día 8 de mayo de 2012, que este cambio de estructura así concebido no será desarrollado por el actual Gobierno, a pesar de que se dispone por primera vez de un marco legal para llevar a cabo este importante avance. En sus comparecencias parlamentarias posteriores la

Ministra no ha vuelto a tratar esta cuestión, por lo que debemos entender que la voluntad manifestada sigue inalterada.

Esa negativa no es defendible. Asimismo no se han explicado los motivos que han llevado a adoptar tal decisión. La regulación establecida en la Disposición Adicional séptima de la Ley 27/2011 fija unos criterios generales, cuyo desarrollo queda a la espera del contenido que se dé a un futuro Estatuto. Es en él donde deberán establecerse las claves del modelo de Agencia.

Tanto los grupos políticos que participan en la Comisión no Permanente del Pacto de Toledo, como los Agentes Sociales, están de acuerdo en la calidad del servicio que presta la Administración de la Seguridad Social española, pero también en que se debe seguir renovando y modernizando. Esperar a un futuro proyecto de ley que recoja un nuevo modelo de Agencia que, seguramente no podrá ser muy distinto al regulado en la Ley 27/2011, exigirá mucho tiempo para su preparación. Esta etapa requerirá que se proceda a realizar múltiples consultas y a la propia tramitación parlamentaria. De producirse una demora de la futura Ley, cuando en su caso entre en vigor, lo hará con un lamentable retraso y sin haber aprovechado el camino ya andado.

Revista de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social

Justicia Laboral

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA.
 - A) **Ley inconstitucional: pensión de viudedad en uniones de hecho.**
 - B) **Sometimiento del convenio colectivo a las normas superiores.**
 2. CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS LABORALES.
 - A) **Irretroactividad de las normas laborales restrictivas de derechos.**
 - B) **Irretroactividad de normas de imposible cumplimiento.**
 - C) **Aplicación analógica de las normas.**
 3. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE DE DERECHO DEL TRABAJO.
 - A) **Límites de la función reguladora del convenio colectivo.**
 - B) **Convenio colectivo y objeto del contrato para obra o servicio.**
 4. CONVENIOS Y OTROS ACUERDOS COLECTIVOS.
 - A) **Convenio colectivo y preacuerdos convencionales.**
 - B) **Convenio colectivo y pacto colectivo de empresa.**
 5. LA APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO.
 - A) **Convenio Colectivo aplicable en sucesión de contratados.**
 - B) **Aplicación unitaria del convenio colectivo: prohibición del espiguelo.**
 6. LA AUTONOMÍA PRIVADA COMO FUENTE LABORAL.
 - A) **Ley y autonomía privada.**
 - B) **Condición más beneficiosa.**
 - C) **Autonomía de la voluntad y aplicación de las normas sociales.**
 - D) **Finiquito.**
 7. EFECTOS EXTRA PROCESO DE LAS SENTENCIAS.
-

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas recogidas en los números 1, 2 y 3 de 2013 de la Revista de Información Laboral.

1. PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

A) **Ley inconstitucional: pensión de viudedad en uniones de hecho**

La subordinación jerárquica de la ley a la Constitución, y el consiguiente efecto de nulidad de aquellas previsiones legales contrarias a las exigencias constitucionales, queda de manifiesto en la **STC 41/2013, de 14 de febrero, IL J 232/2013**, en la que se considera contraria al principio de igualdad, por comportar una diferencia de trato que carece de justificación objetiva y no resulta proporcionada, la exigencia de tener hijos comunes para acceder a la pensión de viudedad en el caso de uniones de hecho en que el fallecimiento del causante hubiera tenido lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

En relación concretamente a la posibilidad que la Ley 40/2007 abrió de acceso a la pensión de viudedad en uniones de hecho terminadas por muerte del causante antes de la entrada en vigor de esta ley, en virtud de una previsión de aplicación retroactiva que imponía entre otros requisitos el de que la unión de hecho hubiera tenido hijos comunes, por entenderse que solo de esta manera podía entenderse acreditada la veracidad y estabilidad de la unión de hecho, así como justificada la pensión en términos de la asunción de mayores costes de sostenimiento de la familia, resuelve la STC 41/2013 que el requisito es contrario al principio de igualdad y por tanto nulo.

Frente al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que duda del requisito de los hijos comunes por entender que es de muy difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hecho del mismo sexo y, por ello, comporta un trato desfavorable por causa de la orientación sexual, prohibido por el art. 14 CE, ya se entienda como discriminación directa o, más bien, como discriminación indirecta, por cuanto, aunque se trate de un requisito aparentemente «neutral», excluye de la pensión a las parejas de hecho del mismo sexo, dada la imposibilidad biológica para estas uniones de tener hijos comunes y la imposibilidad legal de adoptar en común hasta fechas recientes, el TC entiende que la perspectiva para abordar la cuestión suscitada debe ser la cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE —el sometimiento del legislador al principio de igualdad— y no tanto la existencia de discriminación por orientación sexual.

En efecto, dice el TC que «nuestro enjuiciamiento sobre la constitucionalidad del precepto legal cuestionado ha de comenzar por su escrutinio desde la perspectiva de la cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE, toda vez que el requisito de «que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes» para tener derecho a la pensión de viudedad cuando el hecho causante se hubiere producido antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 no tiene en cuenta la orientación sexual de la pareja de hecho

como factor determinante del excepcional acceso retroactivo a la pensión, sino la existencia o inexistencia de descendencia común, biológica o adoptiva». O, dicho de otra manera, «el requisito establecido en la cuestionada letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 se exige a todas las parejas de hecho, con independencia de que sus componentes sean de distinto o del mismo sexo, y ello al margen (claro está) de que el requisito sea, como señala el Juzgado promotor de la cuestión, de más difícil o incluso imposible cumplimiento en el caso de las parejas homosexuales, dada la imposibilidad biológica de que las parejas homosexuales tengan hijos entre sí y la imposibilidad legal de adopción conjunta por estas parejas (también de las parejas de hecho formadas por miembros de distinto sexo) hasta fechas relativamente recientes».

Se trata por tanto de analizar si el requisito legal cuestionado, que comporta la exclusión de la pensión de viudedad a las uniones de hecho sin hijos comunes, tiene o no apoyo en una razón objetiva, justificada y proporcional, pues solo así cabe admitir que la diferencia respeta el principio de igualdad. La sentencia dice a estos efectos que debe descartarse que la diferencia de trato entre parejas de hecho que establece el requisito contenido en la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 se justifique «por la conveniencia de acreditar de forma inequívoca una efectiva y estable convivencia *more uxorio* entre el causante y el beneficiario, a fin de evitar posibles reclamaciones abusivas o fraudulentas». Y dice también que «debe rechazarse que dicho requisito encuentre justificación objetiva y razonable en una pretendida finalidad de otorgar protección social a una concreta situación de necesidad».

En este sentido la sentencia indica que «el precepto cuestionado exige únicamente que «el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes», lo que significa que —cumplidos los restantes requisitos que señala el legislador— se puede acceder a la pensión de viudedad excepcional regulada en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 tanto si existen hijos comunes de la pareja de hecho a cargo del supérstite, como si los hijos comunes de la pareja no sobreviven al causante o no se encuentran ya a cargo del supérstite por ser mayores de edad». Cumplida por tanto la exigencia de que la pareja de hecho hubiese tenido hijos en común, la sentencia subraya que «resulta indiferente para el acceso a la pensión regulada por la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 que esos hijos sean menores o mayores de edad, su convivencia o no con sus progenitores, su dependencia económica del supérstite, o incluso si sobreviven al causante o han fallecido». Dicho de otro modo, «lo relevante para el legislador en el precepto cuestionado no es que sobrevivan hijos comunes de la pareja de hecho que dependan económicamente del progenitor superviviente, sino, exclusivamente, que la pareja de hecho haya tenido descendencia en común».

Y sucede además que ese requisito (haber tenido hijos en común) «no solo carece de justificación constitucionalmente legítima por las razones expuestas, sino que, además, resulta ser de imposible cumplimiento, por razones biológicas, tanto para las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo como para las parejas de hecho de distinto sexo que no pudieron tener hijos por causa de infertilidad, a lo que ha de añadirse que la posibilidad de adopción de niños por las parejas de hecho ha estado vetada en nuestro ordenamiento jurídico hasta fechas relativamente recientes, como ya se dijo, lo que significa que el requisito cuestionado tampoco podía ser cumplido por vía de adopción en el caso de aquellas parejas de hecho en las que el fallecimiento de uno de sus miembros se

produjo antes de la entrada en vigor de la normativa legal autonómica aplicable en cada caso que permite la adopción conjunta a las parejas de hecho, del mismo o de distinto sexo». Todo ello permite concluir que el requisito contenido en la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, «constituye una directa vulneración del principio de igualdad ante la Ley consagrado por el art. 14 CE, pues la diferencia de trato que se establece por la norma cuestionada entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no solo no obedece, como se ha visto, a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad especial regulada en la referida disposición adicional de la Ley 40/2007 (aplicable solo a hechos causantes acaecidos antes de su entrada en vigor), sino que conduce además a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supérstites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada».

Ello conduce a declarar por este motivo «la inconstitucionalidad y nulidad de la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, lo que hace innecesario que nos pronunciemos acerca de si, además, el precepto en cuestión conlleva una vulneración de la prohibición de discriminación en función de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que art. 14 CE se refiere, en particular por causa de la orientación sexual, en la medida en que el requisito de haber tenido hijos comunes resulta de muy difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hecho del mismo sexo, conforme a los argumentos que han quedado anteriormente expuestos».

B) Sometimiento del convenio colectivo a las normas superiores

El sometimiento jerárquico del Convenio Colectivo a la Ley implica la nulidad de aquellas previsiones convencionales en las que se venía posibilitando la jubilación obligatoria de los trabajadores que hubieran cumplido la edad de jubilación y en ese momento hubieran causado la correspondiente pensión cuando el convenio no garantice adecuadamente las correspondientes medidas de empleo compensatorias. Así lo establece la **STS de 20 de noviembre de 2012**, IL J 304/2013, que considera que el Convenio de Centros de Educación Universitaria e Investigación no cumple las condiciones de jubilación forzosa establecidas en la Disposición Adicional 10 ET (que por cierto ya no opera a partir de la Ley 3/2012, de 3 de julio: Disposición final cuarta.2) cuando el único compromiso que adquiere la empresa vinculado con la jubilación obligatoria del trabajador al cumplir 65 años, tal y como resulta del tenor literal del convenio, es «dentro del marco actual de una política global de empleo que favorezca la sustitución del personal en edad de jubilación con las medidas de fomento del empleo promovidas por el Ministerio de Trabajo...». Es decir, el convenio no exige siquiera que la plaza vacante que deja el trabajador que se jubila se cubra con otro trabajador, sino que alude, de forma genérica, al marco de una política global de empleo, que «favorezca la sustitución del personal en edad de jubilación», es decir, se trata de «favorecer la sustitución», no siendo obligatorio «proceder» a la sustitución.

En todo caso, prosigue la sentencia diciendo que «aun cuando entendiéramos que ese “favorecer” la sustitución supone efectivamente la obligación de sustituir al trabajador que se jubila por otro trabajador, ello no sería suficiente para considerar cumplido el requisito previsto en la Disposición Adicional Décima, apartado a) del Estatuto de los Trabajadores, pues, como ya ha dicho este Tribunal “no basta para cumplir estos objetivos la previsión de

que se procederá a la cobertura de la vacante producida por el cese del trabajador jubilado”, por cuanto que “con ello no se mejora ni se aumenta el empleo, sino que simplemente se sustituyen unos trabajadores por otros, posiblemente con una reducción del coste final para el empleador”».

Por el contrario, la **STS de 21 de diciembre de 2012**, IL J 247/2013, entiende que la jubilación forzosa establecida en el IV Convenio Colectivo de AENA de 2010 es conforme a la disposición adicional 10 ET al cumplirse el requisito de vinculación a objetivos coherentes de empleo, pues «la no amortización de la plaza, el cubrirla con un nuevo empleado y en definitiva el mantenimiento del número de empleados de la empresa constituye una manifestación indiscutible de una política de empleo que, en los tiempos que corremos, responde y satisface las exigencias de la citada Adicional Décima, por cuanto colabora al reparto de los puestos de trabajo que por desgracia son un bien escaso». El cambio de doctrina que esta sentencia introduce en el contexto de la crisis de empleo de nuestro tiempo —necesariamente de escaso recorrido, pues como ya hemos apuntado la reforma laboral de 2012 ha suprimido la posibilidad de jubilación obligatoria de la disposición adicional 10 ET—, se expresa también en la **STS de 21 de diciembre de 2012**, IL J 246/2013, dictada en supuesto idéntico al anterior.

De la posición jerárquicamente subordinada del convenio colectivo se ocupa también la **SAN de 12 de diciembre de 2012**, IL J 18/2013. Se plantea en esta sentencia si el reconocimiento por convenio colectivo de cierto tipo de derechos —determinados días retribuidos de libranza de trabajo por asuntos propios y un plus de vestuario— solo a los trabajadores que superen determinados umbrales de jornada constituye discriminación de los trabajadores a tiempo parcial, concretamente aquellos cuya jornada se encuentra por debajo de unos límites de referencia, y más concretamente si con ello se está vulnerando también el art. 12.4d ET, según el cual «los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo», con la única salvedad de que «cuando corresponda en atención a su naturaleza tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los Convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado».

En relación a la primera regla puesta en cuestión —aquella que excluye del disfrute de determinados días de asuntos propios a los trabajadores cuya jornada sea inferior al 50 por 100 de la jornada anual—, la sentencia entiende que estamos en efecto ante una regla discriminatoria y contraria al art. 12.4.d) ET, pues al excluir totalmente del derecho a todos los trabajadores con jornada inferior al límite establecido queda completamente vulnerada la guía de proporcionalidad que debe regir el reconocimiento de los derechos cuantificables de los trabajadores a tiempo parcial.

En relación a la segunda regla —que excluye el abono mensual de un plus de vestuario a los trabajadores que presten servicio menos de 4 días a la semana, sustituyéndolo por una abono por día efectivo de trabajo de acuerdo con lo que se especifica en las tablas salariales del convenio— no entiende sin embargo la sentencia que haya discriminación o conculcación del art. 12.4.d) ET. Dice la misma que «la razón a la que obedece exclusivamente este plus es la de compensar los gastos que realiza el trabajador por limpieza y conservación del vestuario, calzado y demás prendas de vestir que componen su ropa de trabajo, lo que significa que se trata de proporcionar una indemnización por el deterioro de esas prendas», razón por la que la referida regla no es discriminatoria ni contraria al art. 12.4.d) ET, pues

si bien este precepto dispone que como regla general los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, también añade el mismo que «cuando corresponda en atención a su naturaleza (...) serán reconocidos en las disposiciones y reglamentarias y en los Convenios Colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado», siendo razonable y entrando en la naturaleza del contenido de este derecho que el plus en cuestión se satisfaga de manera proporcional pues el deterioro de una prenda de vestir «está forzosamente conectado al tiempo que se utiliza».

2. CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS LABORALES

A) Irretroactividad de las normas laborales restrictivas de derechos

Versa la **STSJ de Castilla y León de 5 de julio de 2012**, IL J 106/2013, sobre la irretroactividad de las normas laborales de restricción o recorte de derechos individuales. A propósito concretamente de la supresión de los salarios de tramitación en los casos de opción por la no readmisión del trabajador en despidos improcedentes, que fue introducida como es sabido por el RD-ley 3/2012, de 10 febrero, y dado que la norma no introdujo mención expresa de derecho transitorio al respecto, resuelve la sentencia de referencia que debe reconocerse al trabajador el derecho a cobrar los salarios de tramitación. El argumento es que como el despido es de fecha anterior a la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012 debe aplicarse la norma vigente en aquel momento, que reconocía el derecho a los salarios de tramitación, pues en defecto de previsiones de derecho transitorio en la norma posterior no cabe aplicar la misma retroactivamente como regla general debido al principio general de «irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales».

Dice en efecto la sentencia que si bien es cierto que la norma de reforma laboral «ha previsto de forma explícita la regulación de un periodo transitorio para la aplicación de la nueva regulación indemnizatoria del despido improcedente, nada se expresa en aquella en lo referente al reconocimiento o no de los salarios de tramitación, planteándose a esta Sala la disyuntiva de decidir si el reconocimiento de dichos salarios se admite para la totalidad del periodo comprendido entre la fecha del despido declarado improcedente y la fecha de la notificación de la presente resolución o, conforme a la nueva regulación, desconocer íntegramente su reconocimiento, por así imponerlo la nueva redacción del apartado segundo del Art. 56 ET, al no existir periodo transitorio». A lo que se contesta que «esta Sala ha optado por reconocer el abono de los salarios de tramitación, aplicando así la regulación anterior, durante todo el periodo comprendido desde la fecha del despido hasta la data de notificación de la presente resolución», y ello por las siguientes consideraciones que ahora exponemos.

Por lo pronto, «se ha de tener en cuenta la previsión contenida en el apartado 2.3 CC, precepto contenido en el Título Preliminar, Capítulo II, regulador de los principios de aplicación de las normas jurídicas. Dicho precepto dispone la irretroactividad de las leyes, salvo que las mismas dispusieren lo contrario, principio de irretroactividad basado en el principio de seguridad jurídica reconocido por el art. 9.3 del Texto Constitucional, que garantiza entre otros, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favora-

bles o restrictivas de derechos individuales. Dicho principio de irretroactividad impide la aplicación al supuesto que aquí nos atañe de la nueva regulación contenida en el mentado Real Decreto-Ley respecto a los salarios de tramitación, al no preverse de forma expresa retroactividad alguna respecto a estos últimos e incidir de forma negativa en los derechos anteriormente reconocidos, al eliminarse el reconocimiento de los salarios citados si se opta por la indemnización».

Por otra parte, «el sometimiento del despido aquí examinado a la normativa previa concuerda con las previsiones contenidas en la disposición transitoria segunda del Código Civil, que reconoce el sometimiento de los efectos de los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior a esta última». Habrá que atender por consiguiente «al momento de producirse el hecho causante, que no es otro que el despido de la trabajadora, para entender que este último se rige por la legislación sustantiva anterior, por producirse con anterioridad al 12 de febrero de 2012, y por ende, operar el reconocimiento de los salarios de trámite, conforme a esta última».

Se pronuncia igualmente, también en un caso en que se cuestionaba el abono de salarios de tramitación en un despido improcedente practicado antes de la entrada en vigor del RDLey 3/2012, la **STSJ de Castilla y León de 24 de octubre de 2012**, IL J 184/2013. En este caso, dice la sentencia que «a efectos de los salarios de tramitación ha de estarse a la norma vigente a la fecha de efectos del despido» pues «la reforma del régimen de los salarios de tramitación consiguientes a despidos improcedentes operada por el Real Decreto-ley 3/2012 solo es aplicable a supuestos de hecho acaecidos a partir de la vigencia de esa disposición, esto es, a despidos de trabajo improcedentes producidos a partir del 12 de febrero de 2012, fecha de inicio de la citada vigencia». Por consiguiente, como el despido sobre cuyas consecuencias económicas se debate tuvo lugar con efectos de 30 de noviembre de 2011, debe aplicarse la normativa entonces vigente, pues así lo impone «el artículo 9.3 de la Constitución Española, precepto que garantiza el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales», así como también «la doctrina general contenida en el derecho transitorio del Código Civil», doctrina que cabe resumir del modo siguiente: «las innovaciones introducidas (por las normas privadas) no tienen efecto retroactivo alguno en cuanto perjudiquen derechos adquiridos; y los derechos surgidos de hechos realizados bajo la (legislación anterior) se regirán por esa legislación, aunque (las nuevas normas) los regule de otro modo o no los reconozca».

Dice la sentencia a mayor abundamiento que «ninguna de las Disposiciones Transitorias del Real Decreto-ley 3/2012 retrotrae el nuevo régimen de los salarios de tramitación consiguientes a improcedentes despidos de trabajadores a decisiones empresariales extintivas del contrato adoptadas con anterioridad al comienzo de la vigencia de la referida disposición», y también que, «corroborando el principio constitucional de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos, la Disposición Transitoria Quinta del tan mencionado Real Decreto-ley circunscribió la nueva e inferior indemnización por despido improcedente establecida en tal disposición a los contratos suscritos a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley». En todo caso, debe tenerse en cuenta que «la situación jurídica creada con motivo del despido objetivo de la trabajadora ahora recurrente, así como los efectos de esa situación, se consumaron en el momento de la actuación de ese despido, quedando por ello sometida la calificación de esa situación y la determinación de sus efectos a la regulación entonces vigente, puesto que en otro caso existiría la retroactividad prohibida

por el ya citado artículo 9.3 de la Constitución». Carece por tanto de lógica jurídica la tesis consistente en aseverar que la calificación del despido ha de efectuarse con arreglo a la normación vigente en el momento de la génesis de ese acto, mientras que sus consecuencias han de regirse por la regulación que pudiere estar vigente en el momento en que hayan de concretarse esas consecuencias, pues ello cobija la aceptación de una especie de dualidad o de bipolaridad del instituto de la irretroactividad normativa restrictiva, dualidad que no tiene cabida en el art. 9.3 CE.

B) Irretroactividad de normas de imposible cumplimiento

En relación al deber de inscripción dos años antes de la muerte del causante que estableció la Ley 40/2007 como requisito para tener acceso a la pensión de viudedad en las uniones de hecho, dice la **STS de 6 de noviembre de 2012**, IL J 49/2013, que la referida exigencia no puede aplicarse retroactivamente, pues de ese modo podrían quedar fuera de la pensión quienes pudiendo haber cumplido la referida carga no lo hubieran hecho por no exigirse en aquel momento la misma, ni en consecuencia haber cumplimiento o incumplimiento ninguno de ella. No cabe en efecto privar de una prestación de Seguridad Social imponiendo una condición que hubiera podido cumplirse por el interesado de existir y conocerse en el momento de poder cumplirla pero que al imponerse *ex post* y retroactivamente deviene incumplible por imposibilidad objetiva, razón por la que la sentencia que reseñamos reconoce el derecho a la pensión de viudedad de una pareja de hecho que antes de 2007, concretamente en 2003, había registrado su unión antes del fallecimiento del causante pero solo unos días antes, no los 2 años exigidos luego por la ley 40/2007.

Dice la sentencia que a la referida conclusión conduce el «análisis sintáctico» de la disposición aplicable al caso —la Disposición Adicional 3.^a de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social—, pero también que «a este argumento de interpretación gramatical hay que añadir otro de interpretación lógica» y es que «no sería lógico (...) exigir a los asegurados el cumplimiento de “requisitos formales” que no podían “conocer con anterioridad a su publicación”, puesto que fueron implantados en una ley posterior al hecho causante de la prestación solicitada», como se ha dicho.

C) Aplicación analógica de las normas

Trata la **STS de 13 de diciembre de 2012**, IL J 151/2013, de determinar si se genera pensión de viudedad en el caso de un causante fallecido sin cotizaciones en los quince años anteriores al hecho causante, durante los que estuvo cobrando una pensión no contributiva, y del modo de determinación de la base reguladora de la pensión. Cuestión que la misma resuelve afirmativamente retrotrayendo el periodo de cotizaciones computables a las últimas realizadas, revalorizadas hasta el año anterior al hecho causante, basándose en la aplicación analógica del Reglamento CEE 1408/1971 (Anexo VI.D.4), lo que es posible debido a la incongruencia de la legislación interna, cuya aplicación determinaría una prestación económica de contenido cero.

Dice la sentencia que «el cálculo de la pensión no debe hacerse aplicando una base reguladora cero, sino tomando la base de cotización de los 24 meses anteriores a la fecha

en que cesó la obligación de cotizar con las actualizaciones precedentes», pues «no existe el derecho a una prestación económica de contenido cero», de modo que «hay que concluir que si reconoce un derecho económico debe establecerse su contenido patrimonial». Se trata de una situación debida a que «estamos ante la existencia de una regulación incompleta, sin duda producida por el desfase entre la exención del requisito de alta o situación asimilada para causar derecho a la pensión de viudedad y los criterios de cómputo vigentes con anterioridad», situación que necesita ser corregida interpretativamente mediante la aplicación de la analogía.

En efecto, según la sentencia está justificada la aplicación analógica de Anexo VI.D.4 del Reglamento 1408/1971 (hoy sustituido por el Reglamento CEE 883/2004), y ello por cuanto, partiendo de la situación lagunosa de referencia, «se cumplen los requisitos del art. 4.1 del Código Civil. Principalmente porque “el supuesto de falta de cotización en los 15 años anteriores al hecho causante no está regulado ni en la LGSS, ni en sus disposiciones de aplicación y desarrollo, porque: 1.º se está ante un supuesto específico que no ha sido objeto de regulación, pues no cabe entender que se haya querido negar el contenido económico del derecho, ya que en ese caso no hubiese permitido el acceso a la prestación; 2.º hay semejanza entre este supuesto específico y los regulados en el Anexo VI.D.4 del Reglamento 1408/1971 (...) y en el Decreto 1646/1972, pues en los dos supuestos el solicitante cumple los requisitos de acceso a la protección y tiene derecho a la prestación y en los dos casos no hay bases computables para su cálculo; y 3.º hay identidad de razón: solucionar el problema que deriva de la falta de cotización en el periodo de cómputo cuando no se puede acudir a la integración de lagunas prevista en los arts. 140.4 y 162.1.2 de la LGSS.

Según la sentencia, hay que aclarar que no se trata propiamente de una aplicación de la técnica del «paréntesis», sino de «un cálculo de la base reguladora sobre un periodo de cómputo diferido en función de la extinción de la obligación de cotizar». Hay que señalar, sin embargo, que las normas de integración no son plenamente equivalentes. La norma aplicable a los trabajadores migrantes consiste, según el Anexo VI.D.4 citado, en tomar las bases de cotización durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española (las denominadas «bases remotas»), calcular en función de las mismas la cuantía de la pensión y aplicar a esta las revalorizaciones que se hayan producido hasta el año anterior al hecho causante. Por su parte, el art. 7.2 del Decreto 1646/1972 no tiene en cuenta las bases de cotización, sino la base reguladora de la pensión de jubilación o incapacidad y aplica a la misma las revalorizaciones que hayan tenido lugar desde el hecho causante de aquella pensión. En el presente caso la analogía es mayor con el Anexo VI. D.4, pues la causante percibía una pensión no contributiva que carece de base reguladora. En este sentido, la diferencia es clara con la sentencia de esta sala de 16 de mayo de 2012 que en un supuesto similar, en el que además se citaba la misma sentencia como contradictoria, se desestimó el recurso de la actora y se confirmó como correcta la aplicación de la base cero que había realizado el INSS, considerando que no podía aplicarse la denominada doctrina del «paréntesis» de conformidad con una reiterada doctrina de la Sala. La divergencia interpretativa no existe precisamente porque ahora no estamos ante la aplicación de la técnica del «paréntesis», pues a diferencia de lo que sucede con las pensiones de incapacidad permanente y de jubilación, no está prevista la integración de lagunas a partir de bases mínimas y el art. 7 del Decreto 1646/1972 remite

en casos similares a una actualización de la base reguladora, que en este caso no puede aplicarse, al no tener base reguladora la pensión de la causante.

3. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE DE DERECHO DEL TRABAJO

A) Límites de la función reguladora del convenio colectivo

Puede el convenio colectivo regular la materia laboral que no ha sido previamente tocada o afectada por normas de rango legal, o en todo caso añadir a la previa regulación legal de una materia indicaciones que constituyan auténtico *ius novum* con la única condición de no entrar en contradicción con la norma superior. Desde luego, esta función del convenio colectivo, que no puede asumir el reglamento de acuerdo con las previsiones generales de fuentes contenidas en el art. 3 ET, no requiere remisión, expresa o implícita, desde la norma superior, pues se funda en una competencia autónoma que tiene reconocida la negociación colectiva en nuestro sistema de fuentes. Es verdad sin embargo que hay territorios o campos laborales en los que la referida competencia no puede ejercitarse, al mediar una regla de prohibición al respecto, como pueda ser la que deriva de las reservas materiales de ley (de origen constitucional) o también de las llamadas reservas formales de ley o congelación de rango, en virtud de las cuales el legislador acota una determinada materia para su propia competencia prohibiendo que las normas inferiores accedan autónomamente a ella, lo que requerirá en su caso una remisión o habilitación (deslegalización). Pues bien, sobre estas cuestiones se pronuncia la **STS de 25 de septiembre de 2012**, IL J 22/2013, en la que se admite que en materia de despido las garantías procesales o formales ordinarias del trabajador que establece el ET pueden ser ampliadas por convenio colectivo, juzgándose en consecuencia improcedente el despido de un trabajador que no cumplió las exigencias de tramitación de expediente contradictorio con nombramiento de instructor y secretario fijadas en el convenio.

Las garantías suplementarias que el convenio establecía consistían en (1) «la incoación de un expediente» ajustado a las siguientes normas: (a) la empresa «notificará al trabajador la apertura del expediente, comunicándole simultáneamente el pliego de cargos en el que se contengan los hechos en que se basa el expediente»; (b) en el mismo escrito de apertura del expediente se designará por la Empresa un Secretario y un Instructor del expediente, imparciales; (c) la empresa dará traslado de este escrito al interesado para que, en el plazo de diez días, exponga las alegaciones y proponga la práctica de las pruebas que estime pertinentes; (2) la notificación de este escrito «a la representación legal de los trabajadores para que en el plazo de cinco días realice, en su caso, las alegaciones que considere oportunas»; (3) la notificación al trabajador, por escrito, de la sanción impuesta, fecha desde la que surtirá efecto y los hechos en que se funde; (4) en los supuestos de afiliación a alguna de las Centrales Sindicales legalmente constituidas, la audiencia previa del Delegado Sindical, siempre que lo haya en el centro de trabajo y la empresa tenga conocimiento cierto de tal afiliación.

Dando por buenas las referidas determinaciones convencionales, puesto que lo único que efectivamente hizo la empresa fue remitir un escrito al trabajador adjuntando pliego

de cargos y admitir un escrito de alegaciones efectuado por el mismo, en el que se hacía contar por cierto que no se había nombrado instructor ni secretario y que no se habían aportado con el escrito de cargos las cartas que decían adjuntar, la sentencia declara el despido improcedente por defecto de forma. Dice la misma que la exigencia convencional de nombramiento de Instructor y Secretario imparciales «no es baladí», pues «responde a la necesidad de garantizar la pureza del procedimiento sancionador» mediante la designación de «personas imparciales que sin prejuicios puedan tramitar con solvencia el expediente, haciendo constar en el mismo todas las circunstancias, tanto favorables como desfavorables, así como apreciar la pertinencia de las pruebas que se pudieran proponer». Consecuentemente, «al no nombrar la empresa un secretario y un instructor imparciales, la propia empresa se ha autoatribuido las funciones de instructor, secretario y órgano sancionador, privando al expediente contradictorio de todo contenido, en un supuesto como el presente en que concurre además la circunstancia de que existía en la empresa un solo delegado sindical, el expedientado, y que era de imposible cumplimiento dar audiencia a «los demás miembros del comité de empresa o delegados sindicales», lo que obligaba a extremar el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 72 de la norma convencional.

B) Convenio colectivo y objeto del contrato para obra o servicio

A propósito de las funciones del convenio colectivo como fuente de regulación laboral, no las generales —a las que se refiere principalmente el art. 3 ET— sino las que específicamente refiere el art. 15.1.a) ET en relación a la definición del objeto del contrato para obra o servicio determinado, se pronuncia la **STS de 18 de diciembre de 2012, IL J 132/2013**. La sentencia entiende que con base en las posibilidades que el art. 15.1.a) ET atribuye al CC para identificar los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa que podrán cubrirse con contratos de obra o servicio, debe admitirse como válida una previsión convencional en la que se permitía vincular estos contratos a una contrata de servicios de escolta y que consiguientemente admite como causa de extinción del contrato la finalización de la contrata, en el entendido por supuesto de que la extinción se produce por fin de servicio y no en el marco de las causas organizativas o de producción del art. 52 ET.

La previsión que se cuestionaba era el art. 15 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, según el cual «[s]erá personal contratado para obra o servicio determinado aquel cuya misión consista en atender la realización de una obra o servicio determinado dentro de la actividad normal de la Empresa» de modo que «este tipo de contrato quedará resuelto por las siguientes causas: — cuando se finalice la obra o el servicio; — cuando el cliente resuelva el contrato de arrendamiento de servicios, cualquiera que sea la causa, sin perjuicio de la figura de subrogación (...) en el caso de que exista otra Empresa de Seguridad adjudicataria; — cuando el contrato de arrendamiento de servicios se resuelva parcialmente por el cliente (en cuyo caso), se producirá automáticamente una extinción parcial equivalente de los contratos».

La sentencia entiende que la definición de supuestos de utilización y causas de extinción del contrato de obra o servicio que establece la previsión convencional cuestionada son válidos y no contradicen la regulación del despido objetivo del art. 52 ET, pues estamos ante supuestos lícitos de extinción de contrato por fin de servicio. Debe recordarse según

la sentencia que si bien «respecto de las empresas de servicios la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores», no puede olvidarse que esta afirmación es válida «respecto de un supuesto de contratación «indefinida» y en el marco de un sector que se rige por normativa convencional diversa a la de autos [concretamente en de «Limpieza de Edificios y Locales»]. Por otra parte, debe tenerse presente también que la regulación contenida en el art. 15 del Convenio Colectivo del sector de «Empresas de Seguridad», diseñada *ad hoc* para los casos de reducción de la contrata, es un desarrollo convencional que complementa las previsiones del ET [en concreto bien pudiera serlo del apartado 5 de aquel precepto estatutario], con una razonable solución para los supuestos que tan a menudo se contemplan en el ámbito sectorial de que tratamos, hasta el punto de que en supuestos como el presente el Convenio Colectivo justifica su cualidad de fuente del derecho subordinada al principio de jerarquía normativa.

En este sentido, la sentencia apunta que «si toda reducción de la contrata de seguridad impusiese la extinción de los contratos laborales —suscritos para atender aquella— a través del mecanismo de la «necesidad objetivamente acreditada de amortizar puesto de trabajo» [art. 52.c ET] (...) con ello se le daría el mismo tratamiento —injustificadamente— a los contratos indefinidos y a los contratos temporales para obra o servicio, de forma que estos perderían toda su razón de ser. Porque si bien es del todo razonable que deba acudir al instrumento amortizatorio cuando la reducción de la contrata afecte —parcialmente o de forma paulatina— a trabajadores fijos [pues se trata de una válida forma de extinguir un contrato de naturaleza indefinida], esa misma razonabilidad invita a considerar adecuado el sistema de cese siguiendo criterios colectivamente pactados [en concreto, dando prioridad a la antigüedad y a las cargas familiares], cuando se trata de vínculos que tienen naturaleza temporal y están sometidos a la condición resolutoria de finalización de su objeto, como es el caso».

4. CONVENIOS Y OTROS ACUERDOS COLECTIVOS

A) Convenio colectivo y precuerdos convencionales

A propósito de la limitación de la autonomía colectiva por eventuales acuerdos suscritos con carácter previo entre las partes legitimadas con el fin de desbloquear la negociación, de modo que el convenio definitivo no podría alterar o modificar las estipulaciones conseguidas en el precuerdo, se pronuncia la STS **de 21 de enero de 2013**, IL J 221/2013. La discusión giraba en torno a la sustitución por el nuevo Convenio Colectivo de Sector de Publicidad de un complemento de antigüedad por un complemento *ad personam* de carácter no absorbible ni compensable, lo que venía a suponer el incumplimiento del precuerdo alcanzado en el SIMA sobre esta y otras materias, que había permitido desbloquear el desarrollo del proceso negociador.

Planteada entonces la cuestión de hasta qué punto vincula a un convenio colectivo lo pactado en un acuerdo previo en el SIMA, el Tribunal Supremo resuelve en esta sen-

tencia —siguiendo lo establecido en resoluciones previas— que los preacuerdos que se obtengan durante la negociación de un convenio colectivo carecen por su propia esencia de entidad definitiva, pues por la dinámica natural del procedimiento negociador son susceptibles de modificarse en sesiones posteriores, abiertas, como es obvio, a la consideración de nuevas ofertas y contraofertas. De esta forma, los acuerdos sobrevenidos en las fases preliminares, presentes en todo proceso negociador y reflejados en las correspondientes actas, carecen de eficacia definitiva y pueden ser objeto de modificación hasta tanto que el proceso negociador llegue a su fin y se proceda a su firma por las partes intervinientes. El acuerdo alcanzado ante el SIMA —prosigue la sentencia— no era un pacto colectivo autónomo, sino que estaba condicionado directamente al futuro convenio colectivo cuyas negociaciones, largos años estancadas, pretendía desbloquear, estableciendo una plataforma inicial de acuerdos mínimos sobre los puntos quizá más conflictivos, pero —y esto es lo decisivo— que no vinculaba la actuación futura de los negociadores del convenio colectivo obligándoles necesariamente a pactar un contenido totalmente acorde con el referido pacto, de modo que una vez pactado el contenido del convenio colectivo y entrado el mismo en vigor pierde razón de ser el acuerdo alcanzado en el SIMA en sus efectos.

B) Convenio colectivo y pacto colectivo de empresa

En torno a la articulación entre un convenio colectivo estatutario y un pacto de empresa —un acuerdo extraestatutario—, se pronuncia la **STSJ de Navarra de 19 de octubre de 2012**, IL J 210/2013, que reconoce el derecho de los trabajadores a que la antigüedad en el servicio se calcule computando todo el tiempo de contratación con la empresa, con independencia del tipo de contrato y la existencia de periodos de discontinuidad entre contratos, y ello por ser esta la regla dispuesta en el convenio de sector aplicable, sin que la misma pueda entenderse modificada por un pacto de empresa, básicamente porque este solo tiene capacidad para ocuparse de cuestiones sobre las que no se extiende la previa regulación del convenio estatutario, o a lo sumo para desarrollar o perfilar aspectos o cuestiones previamente reguladas, pero nunca desde luego para contradecir o poner en cuestión las reglas del convenio estatutario.

Dice en efecto la sentencia que puesto que el Convenio colectivo aplicable a la empresa —que es el del sector siderometalúrgico de Navarra— «contiene en su artículo 44.2 la regla fundamental para el cómputo de la antigüedad aquí discutida, a cuyo efecto se enuncia que habrán de tenerse en cuenta los servicios prestados en la empresa, ello implica no solo el reconocimiento de tal complemento retributivo, sino los términos establecidos para su cómputo» y particularmente que a tal efecto deberán tenerse en cuenta «el conjunto de los servicios prestados para la empresa sin mayor distinción y sin exclusión consecuente de periodos trabajados con carácter temporal en función de su duración o de las posibles interrupciones habidas en el servicio». Pero, sobre todo, dice que «a esta conclusión no obsta el contenido del artículo 18 del pacto colectivo de empresa para los años 2.010 a 2.012, pues ni el mismo puede prevalecer sobre lo convencionalmente asentado ni, en realidad, contiene en el caso presente menciones que puedan cuestionar lo ya expuesto».

No puede aceptarse la «prevalencia del pacto colectivo sobre el Convenio aplicable, que quedaría en la práctica desplazado, vaciándose de hecho su artículo 44.2 de contenido», pues «el Convenio (...) dispone el cómputo de todos los servicios prestados para

la empresa a efectos de antigüedad sin exclusiones, y tal cosa no es una regulación insuficiente o incompleta ni menos aún un vacío, sino un mandato preciso y claro: todos los servicios prestados son computables». De ello lógicamente se desprende que «no ha lugar a detraer del cómputo total unos u otros periodos por razones como podrían ser su lejanía temporal, su breve duración o la interrupción en su continuidad por lapsos más o menos extensos, y no ha lugar a tal cosa porque el Convenio lo proscribe». El hecho de que «el pacto colectivo discipline las cuantías procedentes para los cuatrienios no es sino una concreción de determinados aspectos insertados en la cuestión más amplia de la antigüedad, pero referidos explícitamente a cómo y en qué cuantía se abona la misma en función de los cuatrienios que se alcanzaren». Los acuerdos negociados con la representación laboral —prosigue la sentencia— «no tienen sino un carácter integrador que no puede operar ni al margen ni por encima de lo que sí tiene establecido el Convenio como norma general e indisponible, que es el cómputo de la totalidad de los servicios prestados en la empresa». De este modo, el contenido de un eventual acuerdo que «excluyera unos u otros periodos de servicio del cómputo total sería opuesto al mandato convencional e inaplicable», pues esos acuerdos son «regulación supletoria» y están «jerárquicamente (sometidos) a los mandatos convencionales, por lo que en ningún modo una remisión semejante podría cobrar la relevancia de sobreponerse incluso al Convenio Colectivo».

De igual manera procede rechazar las alegaciones que también se formulan en el caso acerca de la aplicabilidad preferente del artículo 6 del pacto colectivo «en razón de su carácter de norma más beneficiosa», pues en cualquier caso esta «tiene carácter extraconvencional, y no puede pretender su aplicación preferente sobre un Convenio a que está naturalmente subordinada fundándose en una supuesta mejoría de condiciones que, de este modo, estaría erigiéndose en criterio suficiente para relegar al Convenio y aún excluir su aplicación, aun procediendo de una regulación de inferior rango que, además, no puede pretenderse aplicable por sí en la medida en que está disponiendo unos criterios cuantitativos de retribución cuyo carácter es accesorio respecto de la verdadera cuestión suscitada, que es la defensa de la integridad y totalidad de los servicios prestados como computables a los efectos de antigüedad».

5. LA APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Convenio Colectivo aplicable en sucesión de contratas

En un supuesto de sucesión de contratas de limpieza en el que concurre la particularidad de que la empresa saliente tenía la condición de centro especial de empleo, dice la **STS de 9 de octubre de 2012**, IL J 36/2013, que la empresa entrante, que no tiene tal condición de centro especial de empleo, debe en cualquier caso hacerse cargo de los trabajadores discapacitados que han sido previamente contratados en el marco de la relación especial de minusválidos en centros especiales de empleo, al tratarse de un efecto general previsto en el convenio de sector aplicable.

Tras recordarnos que esta misma cuestión ya ha sido resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el caso inverso —empresa saliente ordinaria/empresa entrante centro especial de empleo— en un sentido favorable al efecto subrogatorio, resuelve la

misma que la solución debe ser idéntica en este otro tipo de situaciones, básicamente por determinarlo así con carácter general el convenio de sector aplicable, como hemos dicho, pero sobre todo por entenderse que el referido efecto es compatible con la normativa de protección e integración de los discapacitados en el mercado de trabajo ordinario, y en todo caso con los principios de discriminación positiva que las normas de nuestro sistema proclaman a favor de las personas discapacitadas, máxime cuando no hay ninguna razón legal que impida que una empresa común pueda contratar a un minusválido, lo que hace posible admitir la novación contractual que en estos casos implica la subrogación (la intensidad del efecto novatorio implicado en la subrogación, que determina la transformación de una relación de trabajo especial como es la de minusválidos en centros especiales de empleo, con unas características y unos objetivos específicos muy definidos, en un contrato de trabajo común, es por cierto la argumentación en la que se apoya el voto particular disidente de la referida sentencia).

Dice concretamente la misma que nada impide al empleador en nuestro ordenamiento «contratar a personas que tengan reconocida esa condición (la de discapacitados)», algo que por otra parte facilitaría «su integración social», «objetivo constitucionalmente protegido (ex art. 49 Constitución)» y desarrollado también en el art. 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social del minusválidos, que establece que «las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores minusválidos». Los trabajadores con discapacidad —dice la sentencia— «pueden ser sujetos de una relación laboral ordinaria y ser contratados por cualquier empresa sin necesidad de que el empresario tenga características particulares», por lo que «nada impediría que la empresa de limpieza pueda integrar en su plantilla a trabajadores con discapacidad, no solo en el porcentaje mínimo al que se refiere la LISMI, sino en el despliegue de una política de empleo inspirada en principios e responsabilidad social; siendo por otra parte el marco deseable para el completo desarrollo de cualquier trabajador aquel que permite la participación integral».

En estas condiciones, y puesto que el convenio aplicable establece la subrogación con carácter imperativo, es evidente que la misma debe tener lugar al margen de la condición de discapacitados de los trabajadores afectados por la transmisión. La subrogación impuesta por la norma controvertida lo será en consecuencia —dice la sentencia— «en las mismas condiciones que venían rigiendo antes de producirse, como efecto inherente a toda subrogación, salvo que la norma convencional formule un condicionamiento, y en todo caso con aplicación al personal que desempeña la actividad de limpieza de locales y edificios públicos del Convenio de dicho sector, por ser el origen del beneficio de subrogación y habida cuenta de que al dirigir la trabajadora su demanda frente a la empresa entrante lo hace asumiendo su condición de centro ordinario de trabajo, aceptando así la posibilidad de cambio de empresario».

Se pronuncia en el mismo sentido la **STS de 10 de octubre de 2012**, IL J 37/2013, con la particularidad de que en este caso la subrogación no se declara totalmente sino solo respecto de la parte de la jornada de trabajo (23,02%) que la demandante realizaba, no en el centro especial de empleo, sino en las dependencias objeto de la contrata; también las **SSTS de 10 octubre y de 12 diciembre de 2012**, IL J 136, 295 y 242/2013.

Los convenios colectivos estatutarios obligan a todas las personas —empresas y trabajadores— que están dentro de su campo de aplicación, con independencia o al margen completamente del consentimiento de estos (esta eficacia *erga omnes* es lo que permite

no en vano decir que los convenios estatutarios son auténticas normas). No pueden sin embargo proyectar sus efectos más allá de su campo de aplicación, razón por la que la STS de 17 de septiembre de 2012 eximió a una Entidad Local de asumir los trabajadores de una subcontrata cuando el efecto subrogatorio no podía imponérsele *ex lege*, por no cumplirse los requisitos del art. 44 ET, sino, a lo sumo, solo convencionalmente, y ello por cuanto el Ayuntamiento no está sometido al convenio ni por tanto vinculado por las reglas de sucesión de contratas que el mismo establece para las empresas subcontratistas. Contrariamente, la **STS de 2 de octubre de 2012**, IL J 31/2013 parece admitir que una Entidad Local debe subrogarse en los contratos de los trabajadores de una empresa concesionaria del servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado con base en lo que dispone el CC Convenio Colectivo estatal para las Industrias de Captación, Elevación, Conducción, Tratamiento, Distribución, Saneamiento y Depuración de Aguas Potables y Residuales de 2007.

B) Aplicación unitaria del convenio colectivo: prohibición del espiguelo

La **STS de 19 de diciembre de 2012**, IL J 318/2013, resuelve que no cabe aplicar simultáneamente dos convenios distintos para obtener de cada uno de ellos las mejores condiciones retributivas evitando las más negativas, pues ello constituye una práctica de «espiguelo» prohibida que resulta contraria al equilibrio interno del convenio, cuya aplicación ha de ser determinada en bloque y de modo unitario.

A propósito de los trabajadores de la empresa municipal del Ayuntamiento de Estepona, que reclamaban la aplicación simultánea del Convenio Colectivo para el Personal Laboral del citado Ayuntamiento y el Convenio Colectivo de Empresas Municipales para optimizar sus condiciones retributivas, dice la sentencia que reseñamos que «nos encontramos ante dos Convenios colectivos que regulan dos estructuras salariales diferentes, los del Ayuntamiento y los de la empresa municipal demandada». El Convenio del Ayuntamiento es anterior al de la empresa municipal demandada, «por lo que si los negociadores de este último hubieran querido establecer idéntico contenido entre los pluses de puesto de trabajo, y que por los trabajadores de la empresa se cobrara el plus de valoración, así lo hubieran establecido en dicho Convenio». De este modo, se concluye que «si no se incluyó el complemento de valoración y se plasmó en diferente cuantía el complemento de puesto de trabajo, es razonable entender (...) que la repetida Disposición Final se refiere a las mejoras sociales y económicas que se concedan a los trabajadores con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio Colectivo, sin que sea admisible que la parte actora, por medio de acción individual, pretenda incorporar o modificar un complemento que las partes tuvieron presente al momento de la negociación por medio de la técnica del espiguelo», pues «la aplicación del criterio de la norma más favorable ha de hacerse siempre respetando la unidad de regulación de la materia».

6. LA AUTONOMÍA PRIVADA COMO FUENTE LABORAL

A) Ley y autonomía privada

Del sometimiento de la autonomía privada a la voluntad del legislador trata la **SAN de 29 de noviembre de 2012**, IL J 16/2013, en la que se resuelve que la modificación de la

jornada laboral del personal de estructura de AENA, que gozaba de una jornada laboral reducida, no por acuerdo colectivo, sino en virtud de condición más beneficiosa, es lícita al venir impuesta por una norma con rango de ley, concretamente por la Disposición adicional 71.^a de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, en la que se regula la llamada «jornada general del trabajo en el Sector Público», indicando que «a partir de la entrada en vigor de esta Ley, la jornada general de trabajo del personal del Sector Público no podrá ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual».

Dice la sentencia que la aplicación de esta previsión a todo su personal deja «sin efecto, por ministerio de la Ley en virtud del principio de jerarquía normativa, la condición más beneficiosa de la reducción diaria de 30 minutos» que venían disfrutando el personal de estructura de AENA, sin que pueda argumentarse que se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo. Principalmente, porque «la reducción de 30 minutos que venían disfrutando no ha sido objeto de pacto colectivo sino que deriva de una condición más beneficiosa», pues es claro que «la jornada de 35 horas semanales, disfrutada por los trabajadores a jornada completa, trae causa en una decisión unilateral de la empresa demandada, cuya contrapartida era asegurar la puntualidad de los citados trabajadores», decisión individual «cuya legalidad es por otra parte más que dudosa», al no cumplir los requisitos de fiscalización de gasto que comportaba su incidencia económica, en tanto que supone una reducción muy importante de las horas de trabajo efectivo pactadas.

La sentencia considera que la empresa «no estaba obligada a tramitar el período de consultas, regulado en el art. 41.4», ni tampoco a acreditar «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que es el presupuesto constitutivo para la aplicación del precepto citado», puesto que la modificación se introducía dando aplicación a «la D.A. 71.^a de la Ley 2/2012, de 29 de junio, que deja perfectamente claro que desde el primero de julio pasado, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2012, de 29 de junio, el personal del sector público, en el que se incluyen los trabajadores de AENA y AENA AEROPUERTOS, no puede tener una jornada inferior a 37, 5 horas semanales, tratándose de una norma legal, cuya aplicación no puede eludirse de ningún modo, a tenor con lo dispuesto en el art. 9 CE, en relación con el art. 3 ET».

Es más, debe recordarse según la sentencia que «el código de conducta suscrito por los trabajadores al ser nombrados para desempeñar puestos de estructura establece expresamente que su jornada “debe adaptarse a las necesidades del servicio”, de modo que, coincidiendo con el informe que a este respecto emitió la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Madrid (cuya conclusión se refleja en el hecho probado octavo), afirmamos que estamos ante el mero cumplimiento de lo pactado, una vez que la condición más beneficiosa ha sido suprimida por aplicación de la DA 71.^a LPGE».

B) Condición más beneficiosa

De la condición más beneficiosa trata la **STS de 19 de diciembre de 2012**, IL J 319/2013, que considera que la misma existe en relación a un sistema de cómputo de jornada y control horario que permitía a los trabajadores fichar en los registros de entrada y salida

a sus plantas respectivas mediante un sistema de tarjeta y dirigirse entonces al vestuario para cambiar su ropa de trabajo y luego al puesto de trabajo, donde coinciden con el trabajador saliente los quince minutos convenidos, transcurridos los cuales el operario saliente se dirige al vestuario, se cambia la ropa y deja el walkie-talkie, el explosímetro y la linterna, procediendo a pasar la tarjeta de la ficha a continuación». Tras recordarnos la doctrina general, dice la sentencia que nos encontramos ante una auténtica condición más beneficiosa, pues se trata de una ventaja conocida y consentida por la empresa «desde el primer día, cual se dice en el ordinal quinto de los hechos declarados probados, donde consta un *modus operandi* cuya realidad fue reconocida por el representante de la empresa demandada, quien, igualmente, reconoció que, tras las sentencias de conflicto reseñadas en el ordinal séptimo, continuó el mismo sistema de control que antes». Es verdad que se produjeron otros actos aislados y puntuales contrarios a esta práctica, «pero, como ese proceder continuado y diario durante años ha sido tolerado siempre por la empresa, hay que entender que los trabajadores han adquirido el derecho a disfrutar del mismo». «Si, realizado un acto obstativo al disfrute del derecho, la empresa hubiese insistido en su postura y sancionado a los que no acataban sus órdenes, podría entenderse que los trabajadores no llegaron a adquirir el derecho, pero como, tras el acto obstativo, se consintió que continuara el *modus operandi* anterior durante mucho tiempo, es claro que con esa conducta pasiva la empresa aceptó tácitamente el beneficio cuestionado, razón por la que procede confirmar la sentencia recurrida, pues acierta al estimar que existía la condición más beneficiosa que la recurrente niega».

C) Autonomía de la voluntad y aplicación de las normas sociales

Trata la **STS de 27 de noviembre de 2012**, IL J 312/2013, del régimen transitorio de entrada en vigor del Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio) en relación a la nueva figura, completamente inédita con anterioridad, del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE). La cuestión planteada se refiere concretamente al caso de quienes eran autónomos con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma y que en el marco de la nueva regulación, por las condiciones en que han venido trabajando y continúan prestando sus servicios, reúnen de hecho los requisitos para ser considerados trabajadores autónomos económicamente dependientes. Se trata de una situación interesante desde el punto de vista de la teoría de las fuentes por el rol que la norma atribuye a la autonomía de la voluntad para incidir en la cuestión de transición de normas y así para determinar cuál es la que resulta de aplicación, pues la ley deja en manos del propio interesado la posibilidad de transformar la relación de servicios que le une con su cliente en relación de TRADE.

Siempre que se cumplan los requisitos y condiciones objetivos que definen la situación de un TRADE (art. 11 Ley 20/2007), la posibilidad de que pueda llegar a serlo quien materialmente tenía esa condición antes de la entrada en vigor de la Ley 20/2007 se hace depender en efecto por el legislador de una manifestación de voluntad individual del interesado de este tenor. La Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 20/2007 dice en este sentido que el TRADE deberá comunicar su condición al cliente principal (aquel con el que concentra el 75 por 100 de la cifra de su negocio, que es lo que lo cualifica como TRADE) en el plazo de tres meses desde la aprobación de los reglamentos que se dicten en desarrollo

de la Ley 20/2007. Y lo más importante de todo es que en defecto de tal comunicación el trabajador quedará privado —al menos temporalmente, hasta que transcurran los plazos máximos establecidos— de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente, lo que convierte a un acto de voluntad del interesado —el destinatario de la norma en cuestión— en un elemento clave para la definición del régimen jurídico que ha de aplicarse finalmente a su relación de servicio.

Según la STS de 27 de noviembre de 2012, que reseñamos, el contrato no pasa automáticamente a regirse por la Ley 20/2007 tras la entrada en vigor de esta norma pues se requiere «la adaptación de su régimen» y la comunicación en plazo por el interesado al cliente de su naturaleza de trabajo autónomo dependiente, de modo que no dándose estas condiciones el contrato sigue rigiéndose por la normativa anterior y no puede ser objeto de conocimiento por parte de la jurisdicción social.

D) Finiquito

Sobre el finiquito se pronuncia la **STS de 22 de enero de 2013**, IL J 320/2013, que tras recordarnos la licitud de la figura en su doble dimensión de instrumento de saldo y liquidación de cuentas pendientes y cauce de finalización de la relación de trabajo —todo ello con base en la autonomía de la voluntad, que queda matizada en la relación de trabajo, pero no totalmente suprimida—, afirma que no puede admitirse el mismo cuando se trata de extinciones ya previamente perfeccionadas en virtud de una decisión unilateral de la empresa y en las que, consecuentemente, no cabe entender que la voluntad del trabajador participe realmente en la finalización de la relación de trabajo y tampoco que pueda darse situación ninguna de transacción o negociación.

Partiendo en efecto de la admisibilidad del finiquito en el doble efecto que acaba de reseñarse, dice la sentencia que no puede en cualquier caso atribuirse al mismo «unos efectos preestablecidos y objetivados, de modo que aquella eficacia se imponga en todo caso, abstracción hecha de las circunstancias y condicionamientos que intervienen en su redacción». Por lo que afecta a las consecuencias sobre la extinción de la relación laboral particularmente, dice la sentencia, citando jurisprudencia anterior, que «para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato, debe incorporar una voluntad unilateral del trabajador, un mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario», de ahí que haya que negar tal efecto al finiquito cuando, como en el caso presente, ya se ha producido un acto empresarial, unilateral, de poner fin a la relación (el contrato era de obra o servicio y había terminado por fin de obra en virtud de denuncia empresarial). No procede por tanto «atribuir ninguna virtualidad extintiva al hecho de que el trabajador haya firmado el citado documento ya que fue la empresa y no el trabajador la que decidió unilateralmente extinguir el contrato, procediendo seguidamente a suscribir el trabajador al documento de saldo y finiquito». Es claro por tanto —prosigue la sentencia— que «el finiquito suscrito por las partes no respondía a ninguna función transaccional que solventara una eventual discrepancia ulterior a la decisión empresarial extintiva ya adoptada». Por ello, termina concluyéndose que el finiquito «solo podía tener valor liquidatorio, pero no extintivo, pues la extinción ya se había producido sin acuerdo de voluntades de las dos partes».

Al finiquito se refiere también la **STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2012**, IL J 67/2013, sobre aceptación de la liquidación y extinción de un contrato de trabajo por un empleado —portero de una urbanización— que había sido objeto de despido disciplinario por dormirse y permitir así la sustracción de varias bicicletas en el inmueble en el que prestaba servicios. El finiquito firmado por el trabajador es el siguiente: «el suscrito trabajador cesa en la prestación de sus servicios por cuenta de la empresa y recibe en este acto la liquidación de los salarios devengados hasta el día de hoy y la liquidación de sus partes proporcionales en la cuantía y detalle que se expresan al pie. Con el percibo de dicha cantidad me doy por totalmente saldado y finiquitado por todo tipo de conceptos, ya fuesen salarios, indemnizaciones, horas extraordinarias, salarios de tramitación, atrasos, vacaciones, dietas, desplazamientos y/o cualquier otra percepción salarial o extrasalarial devengada durante mi relación laboral, que doy por resuelta a mi entera conformidad con esta fecha, renunciando expresamente al ejercicio de cualquier acción judicial o administrativa que pudiera corresponderme en virtud de la relación laboral que ahora se da como extinguida».

Dice la sentencia que «en la jurisprudencia más reciente se viene apreciando una línea más restrictiva que en la doctrina tradicional respecto a la validez liberatoria del finiquito». Es frecuente en este sentido declarar «la falta de eficacia liberatoria del finiquito con base en ciertos criterios antes no empleados», como que «antes se había producido el despido», porque «el finiquito está ya impreso y no se ha suscrito con la presencia de los representantes de los trabajadores» o porque «en casos de despido objetivo no se ha abonado la totalidad de la indemnización y preaviso en los mínimos legalmente establecidos sin que resulte patente la finalidad transaccional del pacto». Es frecuente también que la eficacia liberatoria del finiquito «se limite a la posible disponibilidad de los derechos laborales» y en particular «al supuesto de que el finiquito comporte una (verdadera) transacción». En este sentido se ha señalado que «una cosa es que los trabajadores no puedan disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario o por convenio colectivo y otra la renuncia o indisponibilidad de derechos que no tengan esa naturaleza, entre los que se encuentran la renuncia del puesto de trabajo y las consecuencias derivadas». Dice la sentencia en cualquier caso que dentro de los límites legales la negociación individual y el finiquito deben admitirse, pues «una limitación al efecto violaría el derecho concedido por el artículo 49.1.a) y d) ET a extinguir voluntariamente su contrato o a conciliar sus intereses económicos con el empleador y, también infringiría la norma común de contratación establecida en el artículo 1256 del Código Civil, que únicamente sanciona con nulidad el contrato cuyo cumplimiento quede al arbitrio de una de las partes contratantes».

En efecto, «la prohibición de renuncia de derechos no impide acuerdos transaccionales que pongan fin a los conflictos laborales», en el correcto entendimiento de que la prohibición que establecen los preceptos citados del ET. y de la LGSS exige tener en cuenta los límites que derivan de la recepción en el ámbito laboral de la transacción como medio de poner fin a las controversias laborales (art. 1809 CC en relación con los artículos 63 , 67 y 84 LPL)». Los actos de disposición en materia laboral «han de vincularse a la función preventiva del proceso propia de la transacción y, aún en ese marco, han de establecerse las necesarias cautelas», como muestra el art. 84.1 LPL, a tenor del cual «si el órgano judicial estimare que lo convenido es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes,

de fraude de ley o de abuso de derecho, no aprobará el acuerdo». Desde esta perspectiva parece claro que el finiquito puede cumplir esa función transaccional, aunque quede al margen, como en el presente caso, de los cauces institucionales de conciliación. Pero para que la disposición sea válida será necesario que el acuerdo se produzca para evitar o poner fin a una controversia (art. 1809 CC), en la que el derecho en cuestión aparezca como problemático. Por otra parte el objeto de la transacción debe estar «suficientemente precisado» (art. 1815 CC), sin que puedan aceptarse «declaraciones genéricas de renuncia que comprendan derechos que no tienen relación con el objeto de la controversia» (art. 1815.2 CC).

La sentencia nos recuerda además que todo lo dicho debe entenderse sin perjuicio, por supuesto, del sometimiento de los finiquitos al «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», precisando que «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 resultar contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros».

La validez del finiquito requiere en todo caso que la renuncia expresada en el mismo «no se efectúe en términos genéricos sino en relación con el preciso contenido de los derechos a que el finiquito se refiere» y que dicho finiquito exprese «una declaración de voluntad inequívoca en relación con la acción concreta a la que se renuncia, carente de vicios del consentimiento y plasmación de un negocio transaccional en los términos antes expuestos», todo ello interpretado restrictivamente, en el sentido más favorable a la conservación del derecho a accionar judicialmente, que es parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Ni estos ni los anteriores requisitos se cumplen en el caso que nos ocupa, pues «ni hay transacción alguna, ni referencia concreta a los términos del despido, ni a su posible indemnización ni a la renuncia del trabajador a impugnarlo (de hecho ya había iniciado la impugnación presentando la papeleta de conciliación), refiriéndose exclusivamente a la liquidación de las partes proporcionales del salario y añadiendo además una genérica —y, por tanto, inválida— renuncia a «ejercitar acción alguna contra la empresa», máxime teniendo en cuenta que «mediando una carta de despido, no hay extinción por voluntad unilateral del trabajador», con lo que se da a entender que si ha habido despido, por mucho alcance liberatorio que se quiera dar a las expresiones que constan en los finiquitos, no va a ser posible reconocerles dicha eficacia».

No procede en consecuencia atribuir ninguna virtualidad extintiva al hecho de que el trabajador haya firmado el citado documento ya que «fue la empresa y no el trabajador la que decidió unilateralmente extinguir el contrato, procediendo seguidamente a suscribir el trabajador al documento de saldo y finiquito, abonando la empresa, en concepto de indemnización, una cantidad sensiblemente inferior a la que le correspondía» Por ello no puede reconocerse eficacia liberatoria al finiquito suscrito por el trabajador en este caso, «dado que de su texto no puede inferirse transacción alguna y la renuncia al ejercicio de acciones judiciales es nula, habiendo percibido el trabajador solamente los devengos salariales a los que en todo caso tendría derecho».

La STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2012, IL J 82/2013, admite por el contrario un acuerdo transaccional extrajudicial posterior al despido con reconocimiento empresarial de la improcedencia y el abono de una indemnización inferior a la legal.

Se trataba de una trabajadora que había incurrido al parecer en causa de despido disciplinario procedente, admitido la procedencia de su extinción, y pactado con la empresa una indemnización inferior a la legalmente prevista para el despido improcedente, pero innecesaria en todo caso para el despido procedente. Dice la sentencia que «en el presente caso se ha de resaltar, como dato de la mayor relevancia, que la empresa había comunicado a la actora el mismo día carta de despido», de cuya lectura se desprende que «el despido formalmente reunía todos los requisitos y que los hechos imputados con notable precisión y detalle eran susceptibles de dar lugar a un despido procedente o improcedente», es decir, «que existía incertidumbre respecto a los derechos de las partes, y ante ello empresa y trabajadora suscriben un acuerdo en el que se comienza por decir que ello se hace “en aras a evitar la conflictividad judicial”, con lo que claramente se da a entender que “se quiere evitar la provocación de un pleito, tal como dice el art. 1809 CC”. En el acuerdo, “suscrito libremente, sin que conste vicio alguno de voluntad ni se haya alegado siquiera”, se contienen además “recíprocas concesiones”, pues “ninguna de las partes alcanza pleno éxito en el máximo del marco legal, ya que la empresa podría haber obtenido en sentencia la procedencia del despido sin abonar por tal concepto indemnización alguna, y sin embargo reconoce la improcedencia y abona a la trabajadora una indemnización inferior a la legal; mientras que, por su parte, la trabajadora podría haber obtenido en sentencia la declaración de improcedencia con una indemnización de 45 días por año y salarios de tramitación, pero al aceptar la transacción elimina el riesgo de perder el pleito y asegura una percepción junto con el reconocimiento de que el despido es improcedente, con lo cual ante terceros quedan sin valor las imputaciones que se habían efectuado en la carta de despido”».

No puede considerarse por ello, concluye la sentencia, que en esta ocasión «haya habido una renuncia de derechos ni que haya habido una reducción drástica de la indemnización debida, pues esa argumentación habría de partir de la premisa de que la trabajadora tenía derecho a la indemnización de 45 días por año, pero no es así, pues teniendo en cuenta los términos de la carta de despido existía una incertidumbre y no se puede afirmar que la trabajadora tuviera ese derecho ni que hubiera renunciado a él». No cabe mantener que la indemnización por despido improcedente sea en todo caso un derecho irrenunciable, pues como también ha reiterado la STS 7-6-12, es posible incluso la renuncia al puesto de trabajo y las consecuencias derivadas, declarando lo siguiente: «En relación con la renuncia de derechos la reciente jurisprudencia de la Sala ha señalado que “una cosa es que los trabajadores no puedan disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario o por convenio colectivo, y otra la renuncia o indisponibilidad de derechos que no tengan esa naturaleza, entre los que se encuentran la renuncia del puesto de trabajo y las consecuencias derivadas». Una limitación de estas facultades «violaría el derecho concedido por el artículo 49.1 a) y d) ET a extinguir voluntariamente su contrato o a conciliar sus intereses económicos con el empleador y, también infringiría la norma común de contratación establecida en el artículo 1256 del Código Civil, que únicamente sanciona con nulidad el contrato cuyo cumplimiento quede al arbitrio de una de las partes contratantes».

No asigna en cambio plenos efectos liberatorios al finiquito la **STSJ de Valencia de 10 de julio de 2012**, IL J 112/2013, básicamente porque al darse el acuerdo tras la formalización de un despido objetivo no cabe imputar la extinción a la voluntad del trabajador sino a la previa causa extintiva de despido objetivo existente, sin que la negociación de una indemnización superior a la legal en el finiquito permita atribuir al mismo el valor transaccional que la jurisprudencia exige para reconocerle validez.

Dice la sentencia que del relato fáctico se desprende que el demandante estuvo prestando servicios para la empresa demandada como oficial 1.^a desde 2007, siendo despedido con efectos de 30-5-2011 por causas objetivas, en concreto por haber faltado al trabajo sin haberlo justificado un día, el 12-4-11, y por enfermedad 8 días, del 18-5-11 al 27-5-11, habiendo superado el 20% de las jornadas hábiles en dos meses, dándose al mismo tiempo un índice de absentismo del total de la plantilla superior al 5 por 100. Y también que ese mismo día el demandante suscribió recibo de finiquito en el que se hace constar que el mismo causa baja en la empresa en dicha fecha por quedar rescindido su contrato de trabajo por el motivo de despido por causas objetivas, declarando recibir en ese mismo momento la cantidad de 7.373,23 euros de los que 4.600 euros corresponden a indemnización por extinción del contrato. De los datos expuestos —dice la sentencia— se desprende «que en el recibo de finiquito suscrito por el trabajador accionante no se hizo constar que el mismo tuviera por resuelta o extinguida la relación laboral que le unía con la empresa demandada, sino que en él simplemente se manifiesta la baja del trabajador en la prestación de servicios, baja que no cabe imputar a la voluntad del demandante sino a la comunicación de despido por causas objetivas que le entregó la empresa demandada, por lo que el recibo de finiquito no cabe interpretarlo como reconocimiento por el trabajador de que con la cantidad allí señalada quedaba indemnizado por la extinción del vínculo contractual hasta entonces existente, sino que tan solo acredita que el demandante con el percibo de las cantidades que se hacen constar en el recibo de finiquito no tiene ninguna reclamación pendiente frente al empleador derivada de su prestación de servicios». No cabe por consiguiente otorgar carácter liberatorio extintivo al recibo de finiquito suscrito por el actor, «teniendo tan solo que añadirse que el hecho de que la indemnización abonada al actor por despido objetivo sea algo superior a la establecida legalmente no significa que se alcanzase por las partes una transacción para dar por extinguida la relación laboral que les unía, ya que en el recibo de finiquito no hay referencia alguna a dicha transacción, ni a que se está abonando una indemnización superior a la legal por lo que ello bien pudiera obedecer a un error de cálculo de la empresa demandada, sin que tampoco haya constancia de que el demandante supiera que se le estaba abonando una indemnización algo superior a la legal ya que nada de eso se recoge en el susodicho recibo de finiquito».

7. EFECTOS EXTRA PROCESO DE LAS SENTENCIAS

De los efectos extra proceso de las sentencias se ocupa la **STSJ de Madrid de 17 de septiembre de 2012**, IL J 76/2013, en la que la reclamación de retribuciones presentada por un trabajador se resuelve en términos de lo previamente dispuesto en una resolución dictada en proceso anterior que actúa como elemento prejudicial. Dice la sentencia que «la cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia

firme constituye la verdad jurídica, y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema», subrayando que «el denominado efecto positivo de la cosa juzgada, o efecto vinculante o prejudicial, determina la vinculación que produce una sentencia firme en los jueces respecto de un fallo posterior, de tal manera que no puede decidirse en un proceso un tema o punto litigioso de manera distinta o contraria a como ya ha sido resuelto en la sentencia firme del proceso precedente, pudiendo apreciarse de oficio».

La función positiva o prejudicial de la cosa juzgada «no impide que se dicte sentencia en el segundo juicio, sino que obliga a que la decisión que se adopte en esa sentencia siga y aplique los mandatos y criterios establecidos por la sentencia firme anterior», pues el efecto positivo de la cosa juzgada se produce cuando el objeto esencial del segundo proceso es «solo parcialmente idéntico al del primer proceso», de modo que la sentencia que da término al proceso posterior deberá atenerse a lo decidido en la primera sentencia, que actuará como elemento prejudicial de aquella. Se aprecia el efecto positivo —continúa la sentencia— «cuando se trata de procesos que examinan cuestiones que se hallan en relación de estricta dependencia, aunque no se da el efecto preclusivo por no concurrir la triple identidad del art. 1252 del Código Civil». Debe precisarse en este sentido que «lo decidido en el primer proceso entre las mismas partes actúa en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial», de modo que lo que resulta vinculante «no es solo el fallo del primer proceso en sus estrictos términos, sino también aquellos elementos de decisión que no se incorporan a este de forma específica, aunque actúan sobre él como determinantes lógicos». El efecto positivo de la cosa juzgada —se precisa— aparece incorporado actualmente a la LEC en su art. 222.4, que dispone que «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal». En contraste con el efecto «negativo o preclusivo de la cosa juzgada», que requiere la identidad de acciones, para la apreciación del efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada lo característico es, precisamente, que las acciones no sean coincidentes, toda vez que si se diese esa coincidencia (unida a las demás identidades necesarias al respecto) ello daría lugar a que entrase en juego el efecto negativo, pues concurrirían, normalmente, todos los requisitos propios del mismo, siendo así que el art. 222.4 de la LEC no exige, en momento alguno tal identidad de acciones, como así lo confirma la jurisprudencia.

Dice la sentencia que la cosa juzgada positiva «está por encima de las posibles disparidades fácticas que puedan aparecer en uno y otro proceso», pues «la fuerza vinculante de toda sentencia firme se impone, aún cuando en el proceso posterior se hubiesen acreditado hechos diferentes de los que se constataron en ella, pues así lo exige la propia naturaleza, esencia y fines del instituto de la cosa juzgada». Si se admitiera que los datos fácticos de una sentencia firme pudieran quedar sin efecto por las actuaciones llevadas a cabo en un litigio posterior, se vendría abajo toda la estructura que sostiene dicho instituto, el cual es uno de los principios y básicos que conforman el Derecho procesal español», pues al eliminarse la institución comentada se produciría «el completo quebranto de la seguridad jurídica», aparte de que «al admitirse que los hechos en que se basa la sentencia firme pueden ser modificados, con plenas consecuencias y efectos, en un pleito normal u ordi-

nario posterior, ello significaría que tal sentencia firme carecía de fuerza vinculante». Por todo ello, se ha de entender que «si en el proceso de despido ya se debatió sobre el salario variable al que pudiera tener derecho el demandante en el sentido que ahora recoge en su recurso la empresa demandada y recurrente, habrá que estar forzosamente a lo ya decidido en el proceso de despido, con el fin de no desnaturalizar lo que ya fue resuelto por sentencia firme entre las mismas partes y sobre una misma cuestión, aunque en un caso fuera con el fin de fijar la cuantía salarial reguladora de la indemnización y salarios de tramitación por despido, y en el presente proceso se trate de la reclamación de ese mismo concepto salarial como no percibido por el actor».

ÓSCAR FERNÁNDEZ MÁRQUEZ

II. TRABAJADOR

SUMARIO (*)

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

A) Presupuestos sustantivos.

- a) Actividad voluntaria.
- b) Actividad retribuida.
- c) Actividad dependiente.
- d) Actividad por cuenta ajena.

B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS.

A) Trabajadores a domicilio.

B) Contratos de grupo.

C) Relaciones laborales de carácter especial.

- a) Alta dirección.
- b) Servicio del hogar familiar.
- c) Penados en instituciones penitenciarias.
- d) Deportistas profesionales.
- e) Artistas en espectáculos públicos.
- f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo.
- g) Minusválidos.
- h) Estibadores portuarios.

D) Otros: Abogados en despachos profesionales.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS.

A) Relaciones funcionariales y estatutarias.

B) Prestaciones personales obligatorias.

C) Administradores sociales.

D) Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad.

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

- E) **Trabajos familiares.**
- F) **Mediadores mercantiles con asunción de riesgo.**
- G) **Trabajos de colaboración social.**

4. ZONAS GRISES.

- A) **Transportistas.**
- B) **Personal contratado en Administraciones Públicas.**
- C) **Autónomos.**
- D) **Profesiones liberales.**
- E) **Socios empleados.**
- F) **Arrendatarios y aparceros.**
- G) **Toreros.**
- H) **Religiosos.**
- I) **Trabajadores extranjeros.**
- J) **Otros.**

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.

A) Trabajador por cuenta ajena.

- a) Familiares.
- b) Extranjeros.

B) Inclusiones por asimilación.

- a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas.
- b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares.
- c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado.
- d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local.
- e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesiásticas.
- f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales.
- g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares.
- h) Funcionarios en prácticas.
- i) Funcionarios del Estado transferidos a las 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

c) *Actividad dependiente* y d) *Actividad por cuenta ajena*

Volvemos a destacar en la presente crónica una sentencia del Tribunal Supremo, cuyo comentario aparece a continuación, sobre la cuestión de la existencia o no de laboralidad en el vínculo entre una compañía aseguradora y el perito tasador. En este caso se declara la inexistencia de relación laboral entre el perito tasador y la compañía, en la crónica correspondiente al n.º 52 de la revista incluíamos el comentario de la STS de 17 de mayo de 2012 que resuelve en sentido opuesto.

STS de 26 de noviembre de 2012 (Recurso de casación para unificación de doctrina n.º 536/2012) IL J 311/2013

1. Desde 1992, el actor venía realizando sus servicios como perito tasador externo para una Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, a partir de 1995, junto con su esposa constituye una Sociedad Mercantil cuyo objeto social es la peritación de siniestros, facturando, con carácter mensual, a través de ésta todas las peritaciones encomendadas por la Mutua y en función de éstas, careciendo de retribución fija o mínima. Los baremos de honorarios de las peritaciones los establecía la Mutua. El actor en un principio acudía diariamente a la sede de la Mutua, careciendo allí de despacho, para recoger las peritaciones, posteriormente se las remitían telemáticamente. El actor realizaba las peritaciones con sus propios medios materiales, y aunque su ruta de actuación era marcada por la Mutua, no tenía control horario, y fijaba sus vacaciones libremente, comunicándolo la fecha de disfrute. No estaba sometido a poder disciplinario y carecía de exclusividad, habiendo facturado por servicios de peritaciones a otras compañías de Seguros.

La Entidad demandada cuenta con peritos externos y con peritos tasadores en plantilla en relación laboral común, éstos tienen una retribución fija y gozan de un plan de beneficios sociales.

El 7 de octubre de 2010 la Mutua comunica al actor de manera verbal el cese de su actividad alegando la caída de asignaciones por la reducción de siniestros. Esta decisión extintiva también afectó a otros peritos externos de la misma forma y con alegación de la misma causa. El actor, previo requerimiento a la Entidad de que se le comunicara por escrito la decisión extintiva, y tras agotar el intento de conciliación previa en el SMAC, demandó por despido.

El Juzgado de lo Social de Madrid que conoció de la demanda desestimó la pretensión del actor al apreciar la incompetencia de jurisdicción declarando la relación existente entre las partes de naturaleza mercantil. Esta decisión judicial fue recurrida por el actor ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dejando inalterados los hechos probados de la de la instancia, por sentencia de 19 de diciembre de 2011, estimó el recurso y anulando la del Juzgado de lo Social, declaró la competencia del Orden Social ordenando la reposición de actuaciones a fin de que el Juzgado de instancia entrara a conocer del fondo del asunto y emitiera nuevo pronunciamiento. Frente a esta sentencia se alzó en casación para

unificación de doctrina la Entidad aseguradora, alegando contradicción entre la sentencia ahora recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de diciembre de 2010 (Rec. 3769/10), así como por infracción de lo dispuesto en el art. 1.1. del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 38 CE y el art. 1255 del CC.

2. La Sala *ad quem* entiende que concurre la contradicción entre las sentencias comparadas, detallando las circunstancias prácticamente idénticas y una irrelevante diferencia entre ambas, cual es que en la sentencia de contraste el actor había suscrito arrendamiento de servicios y se encontraba dado de alta en el RETA. No obstante, y también para resolver la cuestión, la Sala acude a la similitud entre este debate y el habido en la sentencia de TS de 17 de mayo de 2012 (rcud 871/11) que mantiene la existencia de relación laboral entre perito tasador y la Compañía Aseguradora, recordando la dificultosa calificación y la borrosa línea divisoria entre el contrato de trabajo y otras relaciones de prestación de servicios (ejecución de obra, arrendamiento de servicios, comisión, ...) remitiéndose a la casuística y a la necesidad de un examen del concreto escenario y condiciones para determinar en cada caso si convergen o no las notas de ajenidad, retribución y dependencia, previstas en el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores, con independencia del *nomen iuris* dado por las partes. Porque los pequeños matices pueden ser los trascendentales para determinar la calificación del vínculo dentro o fuera de los límites del ámbito laboral. La doctrina casacional se concreta del modo siguiente:

a) En el contrato de trabajo se reproduce el esquema de la relación contractual del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil, de intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un «precio» o remuneración de servicios, si bien en aquel, la prestación de servicios es dependiente y por cuenta ajena y la retribución es garantizada, es decir, aparecen las notas de ajenidad y dependencia, y el sometimiento a la legislación laboral (Doctrina iniciada por STS 09/12/04 (rcud 5318/03), y reproducida en sentencias de 15/05/09 (rcud 3704/07), 23/11/09 (rcud 170/09), 20/07/10 (rcud 3344/09) y 29/11/10 (rcud 253/10).

b) La Sala considera que aunque el art. 1 del ET «*no contiene una definición del contrato de trabajo*», sí recoge las notas generales características del mismo, siendo las esenciales, la dependencia (entendida como situación del trabajador sujeto a la esfera organicista y rectora de la empresa, aun en forma flexible y no rígida) y la ajenidad respecto al régimen de retribución (consistente en la cesión anticipada de los frutos o de la utilidad patrimonial del trabajo del trabajador al empleador, que a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios).

c) Los referidos elementos de ajenidad y dependencia, caracterizadores de la existencia o no de relación laboral, son no obstante, conceptos abstractos e imprecisos que requieren para su identificación acudir al examen de indicios y a la diversidad en que pueden mostrarse en cada actividad profesional o laboral. Tales indicios son en ocasiones comunes a la generalidad de trabajos y otras específicos de cada sector.

d) La Doctrina jurisprudencial señala, como indicios comunes de dependencia, entre otros, la asistencia a centro de trabajo, sometimiento a horario, desempeño personal del trabajo, inserción del trabajador en la organización de la empresa. Y como signos de

ajenidad, el carácter fijo y periódico de la remuneración, ausencia de riesgo en el ejercicio de la profesión...

e) Respecto de la prestación de servicios de los peritos tasadores de seguros, objeto enjuiciado, la Doctrina jurisprudencial admite la posibilidad de que se pueda llevar a cabo mediante peritos externos o sociedades de peritación, o bien a través de personal en plantilla. La frontera se encuentra en la nota de dependencia, es decir, en la determinar si los servicios están o no dentro de lo que el legislador denomina «ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica» (art. 1.1. ET). Si el Perito Tasador presta sus servicios en régimen de dependencia estaremos ante una relación laboral, pero si por el contrario, la prestación se realiza en régimen de autonomía, fuera del ámbito de dirección de la Empresa, estaremos ante un contrato de arrendamiento de servicios.

3. Como conclusión, el criterio del Tribunal casacional diverge de la decisión adoptada en suplicación, al entender que en las circunstancias que confluyen en el objeto debatido, aunque aparecen «innegables» indicios de laboralidad de la relación (habitualidad, programación del trabajo por la aseguradora, ...), también coexisten otros que «con mayor fuerza apuntan la inexistencia de vínculo laboral», y permiten descartar la concurrencia de dependencia y ajenidad, cuales son la aportación de medios propios para el desarrollo de la actividad que además se canaliza a través de una sociedad mercantil constituida por el actor y su esposa y a través de la cual factura sus servicios, sin que haya además una retribución mínima o fija, la ausencia de exclusividad (se hace especial énfasis al volumen de trabajos realizados por el perito para otra Entidad Aseguradora, sustancialmente mayor que para la entidad demandada), la inexistencia de horario y de control de resultado de la actividad por parte de la empresa, la fijación libre de vacaciones, y por último, la inexistencia de poder o control disciplinario alguno.

En este sentido, retoma el Tribunal el contenido de su sentencia de 17/05/2012, con una cuestión debatida muy similar y con un resultado opuesto. No hay rectificación o contradicción de su Doctrina, sino todo lo contrario, estamos en la «zona gris» de laboralidad y la dificultosa calificación del vínculo jurídico entre las partes (contrato de trabajo/arrendamiento de servicios), requiere un examen particularizado y detallado, y percatarse de la existencia de elementos decisorios. En la sentencia ahora recurrida se daba la utilización por el actor de medios propios para desarrollar su trabajo, y que la que prestaba el servicio de tasaciones y percibía la correspondiente retribución por los servicios era una sociedad mercantil de la que el actor era miembro. Estos elementos ausentes en la sentencia de 17 de mayo de 2012 son esenciales para dar una diferente respuesta dentro de la doctrina sentada por el Alto Tribunal.

La solución dada al asunto por el Tribunal casacional es la lógica ya que los hechos apuntan decididamente a un arredramiento de servicios, y no a una relación laboral. Es el propio actor, con sus propios medios y su propia organización, el que canaliza toda su actividad, sin carácter de exclusividad, a través de una sociedad mercantil por él creada, y a través de la que factura sus servicios profesionales, y todo ello sin sometimiento al poder y control de la entidad aseguradora. No obstante, en estas circunstancias hay matices y particularidades en los que la defensa y la prueba en la instancia juegan un papel esencial.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

D) Otros

STSJ Navarra de 5 de octubre de 2012 (Recurso de Suplicación n.º 257/2012) IL J 257/2012

1. El caso contemplado tiene por objeto determinar si la actividad de alterne que realizan unas trabajadoras en el Club de la empresa demandada («Super Models Club») debe ser calificada de relación laboral.

Las trabajadoras codemandadas habían firmado un contrato de hospedaje y alterne por cuenta propia con dicha empresa, en el que manifestaban realizar una actividad de carácter personalísimo y no por cuenta de otros.

No obstante, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Navarra levantó acta a la empresa demandada, proponiendo una sanción de 30.315,44 euros por considerar que existía una relación laboral entre las partes, si bien las codemandadas habían sido contratadas sin permiso de trabajo.

De este modo, las trabajadoras prestaban sus servicios, de forma voluntaria, como camareras de alterne desde la hora de apertura hasta la hora de cierre del local, percibiendo como contraprestación el 50% del importe de las bebidas que incitaban a consumir a la clientela. Dicha cantidad quedaba registrada en una tarjeta a nombre de cada una de las trabajadoras y les era abonada en efectivo al final de cada jornada.

Por su parte, el empresario proveía los medios materiales (el local, la barra del bar, las bebidas, la caja registradora), personales (camareros que servían las consumiciones, porteros del local, trabajadores que realizaban la limpieza) y fijaba el precio de las bebidas.

2. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que se comenta desestima el Recurso de Suplicación formulado por la empresa demandada contra la sentencia del Juzgado de lo Social que estimaba la demanda de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Navarra y declaraba, por tanto, que la relación jurídica que vinculaba a las partes era una relación de carácter laboral.

De este modo, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra confirma que la actividad de alterne tiene carácter laboral cuando se realiza en forma voluntaria y remunerada por cuenta de otro en el ámbito de su organización y dirección, siempre que se acredite la dependencia y la ajenidad de dicha actividad.

Así, el juzgador entiende que en el presente supuesto se cumple el requisito de ajenidad, descrita como la cesión anticipada de los frutos o de la utilidad patrimonial del trabajo del trabajador al empleador (conforme a las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 29 de enero de 1991 y 25 de enero de 2000), al percibir las trabajadoras una comisión del 50% del importe de las bebidas consumidas por los clientes una vez finalizada la jornada de trabajo.

Por su parte, la dependencia se considera igualmente acreditada a pesar de que las trabajadoras contaran con una gran autonomía de horario, jornada y retribución en la prestación de su actividad. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra

recuerda que el requisito de dependencia ha venido flexibilizándose por los Tribunales Superiores de Justicia.

3. Compartimos el fallo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 5 de octubre de 2012, en cuanto que en el caso comentado la actividad de las codemandadas como camareras de alterne tiene carácter laboral al reunir las notas que caracterizan una relación laboral conforme al art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En este sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha resuelto en numerosas ocasiones que la actividad de alterne ha de considerarse laboral cuando la misma se realiza en forma voluntaria y remunerada por cuenta de otro y en el ámbito de su organización y dirección (art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores), presumiéndose el contrato de trabajo siempre que se preste el trabajo en el ámbito de organización y dirección de otro a cambio de una retribución (art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores).

En efecto, en el presente supuesto las trabajadoras prestaban servicios como camareras de alterne por cuenta de los titulares del local Super Models Club, que proveían tanto los medios materiales como personales y que fijaban el precio de las consumiciones. Dicha actividad la realizaban a cambio de una retribución por comisión correspondiente al 50% del importe de las bebidas que incitaban a consumir a la clientela del local y que les era abonada al finalizar la jornada.

Asimismo, junto al requisito de ajenidad necesario para que exista una relación laboral, en el presente caso concurre el requisito de dependencia. Tal y como señala el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en la sentencia comentada, dicho requisito de dependencia ha venido flexibilizándose en el sentido de que «no ha de entenderse por tal una subordinación rigurosa y absoluta, sino una inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial, que debe presumirse por la permanencia estable de la empleada en un local de alterne».

En el presente supuesto, entendemos acertada la decisión del juzgador de considerar que las camareras de alterne se encontraban incluidas en el ámbito de la organización y dirección empresarial, puesto que además de permanecer en el local desde su horario de apertura hasta el de cierre, contaban con tarjetas con su nombre para controlar las comisiones que generaban en cada jornada, lo que evidencia una inclusión en el círculo del negocio empresarial.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

G) Trabajos de colaboración social

STS de de 17 de enero de 2013 (Recurso de Casación para Unificación de Doctrina n.º 78/2012) IL J 162/2013

1. Presentada demanda por despido, el Juzgado de lo Social n.º 1 de las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia desestimatoria, el 14 de enero de 2011 (Autos 1028/10), en la que se declara probado que el actor trabajó bajo dependencia de la Comunidad Autónoma de Canarias, desde dos años atrás, como auxiliar administrativo, al amparo de una contratación de adscripción de trabajos en colaboración social, realizando las actividades propias de aquella categoría, como cualquier otro trabajador de la misma

dependencia, sustituyendo a algunos de ellos en caso de ausencia o impedimento. El cese del actor por la Administración autonómica, se produjo antes de la fecha prevista de finalización de la colaboración social, pese a lo cual no cabía admitir la existencia de una relación laboral.

Contra la sentencia de instancia, el actor recurrió en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, la cual estimó el recurso de suplicación en su sentencia de 31 de octubre de 2011 (Rollo 1147/11), declarando el despido improcedente, con las consecuencias legales de rigor, por fraude en la contratación, por cuanto el demandante no ha realizado particulares labores de colaboración social sino el mismo trabajo que el resto de los trabajadores de la misma categoría.

Esta segunda sentencia fue recurrida por la Administración autonómica empleadora en unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2011 (rcud. 2928/10), aclarada mediante Auto de 27 de junio de 2011, en la que se llegó a la conclusión de que los trabajos de colaboración previstos en la legislación vigente 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 cobrando.

2. En el recurso se tienen por infringidos el art. 213.3 de la Ley General de la Seguridad Social, los arts. 38 y 39 del Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, y la jurisprudencia que los ha interpretado reiteradamente. La Sala casacional aprecia, en primer término, la contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste y, entrando en su consecuencia a conocer del fondo del asunto, estima el recurso y casa y anula la sentencia de suplicación, con base en los reiteradísimos argumentos contenidos en las precedentes sentencias de de la propia Sala, como las de 24-4-2000 (rcud. 2864/99), 30-4-2001 (rcud. 2155/00), 11-12-2008 (rcud. 69/08), 9-5-2011 (rcud. 2928/10), 24-11-2011 (rcud. 4743/2010), 7-12-2011 (rcud. 1353/2011) y 22-10-2012 (recud. 4113/2011). Fundamentos reiteradísimos, como los siguientes:

«a) Dispone el art. 213.3 de la Ley General de Seguridad Social, que “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 precepto, pues, en forma clara y tajante excluye 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.

b) A su vez, concurren, en el caso examinado, los requisitos, que conforme a los arts. 38 y 39 del Real Decreto 1445/1982, condicionan la validez de un trabajo temporal de colaboración social, cuales son 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 del Real Decreto de 1982, reformado por Real Decreto de 28 de junio de 1986— hasta el periodo que le falte al trabajador por percibir la prestación o subsidio por desempleo reconocido; coincida con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado, y no supongan un cambio de residencia habitual del trabajador.

De las citadas normas se desprende, pues, 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 art. 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 2 del Real Decreto 2546/1994, sino que el trabajo del desempleado implica, desde el inicio, una obra o un servicio durante un tiempo limitado. Es decir, que aun 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.

c) 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. Como ha afirmado la jurisprudencia —STS de 15 de julio de 1988— “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 arts. 14 y 103 de nuestra Constitución”».

3. Como ya hemos comentado en otra ocasión prácticamente idéntica a la actual, esa apabullante fundamentación conduce lógica y necesariamente a considerar que la sentencia de suplicación recurrida incurrió en las infracciones que se denuncian en el recurso, en cuanto que no se atuvo a la doctrina unificada, con la consecuencia jurídica inevitable de casarla y anularla para resolver el debate planteado en suplicación. Nada que oponer a la sentencia, por supuesto, y sí solo volver a manifestar la sorpresa que produce —conocida la jurisprudencia inconcusa sobre la materia— que un órgano judicial de la relevancia de una Sala autonómica ignore o desprecie dicha jurisprudencia, para llegar a una solución manifiestamente contraria a las disposiciones legales y a la rica interpretación existente sobre las mismas. Lo que se agrava si se tiene en cuenta, a diferencia de la sentencia comentada en el número anterior de la Revista, que en este caso el Tribunal Superior de Justicia se decidió a revocar la sentencia del Juzgado, que era perfectamente ajustada a Derecho, lo que conduce a su reposición en el trámite de la unificación de doctrina.

4. ZONAS GRISES

A) Transportistas

STSJ Cataluña de 14 de septiembre de 2012 (Recurso de Suplicación n.º: 3653/2012), IL J 170/2013

1. Justino ha prestado actividad de chofer repartidor-encargado, con un salario mensual bruto con prorrata de pagas extraordinarias de 5.579,52 €. En 2011 el demandante recibió notificación de extinción de la relación jurídica existente, que estimaban el demandado que era mercantil, pero que en todo caso, los hechos imputados constituían causa de despido procedente.

El demandante, desde el 25 de septiembre de 1999, venía prestando sus servicios para las demandadas como chófer-conductor, como actividad principal, y lo hacía con su vehículo propio, una furgoneta, CTR de 3.500 kg que disponía de la correspondiente tarjeta de transporte, aunque junto con dicha actividad, y de forma accesorio realizara o llevara a cabo otro tipo de actividades, por la cuales no consta que fuese remunerado.

2. Según el art 1.3.g) LET queda fuera de los lindes del Derecho del trabajo el transportista autónomo, y la distinción entre los que pueden considerarse transportistas trabajador por cuenta ajena y transportistas autónomos, depende de un elemento objetivo, como es la titularidad de vehículo utilizado para prestar el servicio, y de la necesidad de obtener la correspondiente autorización administrativa para poderlo realizar. Por consiguiente, si la persona que reclama la existencia del vínculo laboral, presta su servicios como chofer-conductor, como actividad principal, y lo hace con un vehículo que necesita de la correspondiente «tarjeta de transporte» para poder realizarlo, su reclamación en este orden jurisdiccional esta siempre abocada al fracaso, aunque también desarrolle otro tipo de actividades vinculadas a la principal, dado que la titularidad de un vehículo de esas características es puramente mercantil, como trabajador autónomo o como trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE).

Al respecto se cita la STS de 28/03/2011 y la STC 227/1998 de 26/11, de modo que el TSJ concluye que se desprende con claridad que la frontera entre el trabajo autónomo como transportista y la misma realidad llevada a cabo por cuenta ajena con vehículo propio, viene fijada por la MMA (masa máxima autorizada) y no por la actividad que pueda o haya podido desarrollar el conductor, lo que trasladado al caso que estudia, siendo la MMA de 3.500 kg, y estando obligando a poseer para prestar sus servicios la correspondiente autorización administrativa como transportista, la prestación de servicios así realizada no puede entenderse dotada de características propias de la relación laboral [ex art. 1.1 ET], aunque concurren las notas de ajenidad y dependencia. De ello deriva la declaración de incompetencia de este orden jurisdiccional para conocer de la reclamación por extinción del contrato que el actor mantenía con las recurrentes, y ello, sin perjuicio de que pueda ejercitar su derecho de reclamación ante la jurisdicción civil, que es la única competente para conocer de estas cuestiones.

3. No se puede negar la conformidad de esta sentencia con el criterio jurisprudencial, interpretativo del art. 1.3.g) LET, desde la Ley 11/1994, en que se niega la laboralidad, en los supuestos de trabajador que maneja y realiza transportes en vehículo de su propiedad,

con un cierto tonelaje de carga, por lo que está obligado a obtener una autorización administrativa, en la medida, se dice, en que un cierto tonelaje refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad, que es indicativa a su vez del carácter por cuenta ajena o por cuenta propia del servicio de transporte realizado (SsTS 05/06/1996; y 22/12/1997). De ello se concluye que el interprete queda liberado, en principio, de la apreciación pormenorizada de la concurrencia de las notas generales propias del contrato de trabajo, pudiendo y debiendo proceder en primer lugar a la comprobación de si concurre o no en el caso el criterio legal concreto que se adopta como indicador específico de las mismas (STS 05/06/1996). Y ello, partiendo de la ineficacia de la normativa de las Comunidades Autónomas en orden a la exigencia de la tarjeta autorizadora administrativa, para estar únicamente al peso y tonelaje existente en la legislación del Estado en el momento de la aprobación de la Ley 11/1994 (STS 05/06/1996).

Y también se ha debido despreciar el concepto tara, para valorar únicamente el de MMA (masa máxima autorizada) (STS de 28/03/2011) sin que exista, fundamento legal suficiente en la norma para ello. Se ha llegado a precisar que, descartado el carácter constitutivo de la forma escrita del contrato, pese a que el art. 12.1 LETA establece que el contrato del trabajador autónomo dependiente «deberá formalizarse por escrito y deberá ser registrado en la oficina pública correspondiente» y ello porque, en nuestro ordenamiento rige el principio espiritualista, según el art. 1278 del Código Civil, sino que incluso en los supuestos en que se impone una determinada forma, como sucede en el caso del art. 1280 del citado Código, la consecuencia será normalmente la que prevé el art. 1279 en orden a la facultad de las partes para compelerse a otorgar el contrato en la forma prevista. Lo que en la Ley de los TRADE se persigue es responder a la necesidad de «dar cobertura legal» —es decir, una protección mínima de los derechos sociales— al trabajador autónomo dependiente, finalidad que se frustraría si con la mera omisión de la firma de un contrato escrito se pudieran eludir las garantías que la ley establece para el trabajador económicamente dependiente, por lo que en ausencia de tal contrato se ha de determinar si concurren o no los requisitos materiales de la relación jurídica del TRADE (STS de 12/06/2012).

Llegados a este punto, ante la dualidad de regímenes legalmente establecidos y jurisprudencialmente interpretados de modo diferenciado, ha de banalizarse la adopción del criterio de una concreta MMA, si es de 3.500 kg o alguno menos, para hacer depender, nada más y nada menos, que la naturaleza mercantil o laboral del vínculo jurídico. Y ello ante la Ley 20/2007, de 11/07, del Estatuto del trabajo autónomo, que toma en cuenta unos parámetros distintos, regula de modo más sistemático un régimen jurídico y precisa los efectos y derechos de las partes en el caso del TRADE. En efecto, según esta Ley, su normativa se aplica a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Y se declaran expresamente comprendidos la misma Ley, entre otros, los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias, los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el Capítulo III del Título II de la presente Ley y cualquier otra persona que cumpla con los requisitos establecidos en el art. 1.1 de la presente Ley.

Sin duda, la dualidad legislativa y jurisprudencial, platea caminos distintos, no sometidos a un criterio unitario, uniforme y sistemático, por el mero hecho de que la herramienta

que use el trabajador pese menos o más de 3.500 kg. Es llegada la hora de simplificar semejante dualidad, proceder a construir una vía objetiva, con criterios sólidos, objetivos, adecuados, proporcionados, racionales, para incluir o no al transportista con vehículo propio en el régimen del TRADE o del contrato de trabajo común o, en su caso, especial.

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

STSJ Madrid de 6 de septiembre de 2012 (Recurso de Suplicación n.º: 2538/2012) IL J 62/2013

1. Mauricio, ha prestado servicios en el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial, en virtud de contrato administrativo, de fecha 12-3-08, cuyo objeto era la ejecución de la asistencia titulada Consultoría y Asistencia Técnica en la Subdirección de Experimentación y Certificación. El plazo de ejecución previsto era hasta el 31-12-2008. La asistencia contratada es la de Gestión, seguimiento y control de pedidos, gestión, seguimiento y control de subcontratistas, gestión, seguimiento y control de importaciones y exportaciones, gestión, control, recepción y distribución de los materiales (con clasificación de seguridad y sin clasificación de seguridad) del programa, gestión, seguimiento y control de los procedimientos y sistemas de seguridad de las personas, gestión, seguimiento y control de los procedimientos y sistemas de seguridad de la información, gestión, seguimiento y control de los procedimientos y sistemas de seguridad del material, asistencia a reuniones relacionadas con el programa en España y en el extranjero (en español y en inglés) y redactar las actas de las mismas, apoyo a la definición de nuevas instalaciones de ensayo, participación en grupos de trabajo del Programa, cualquier otra tarea que le sea asignada relacionado con el objeto del contrato.

Las horas de prestación serán principalmente de 8 a 18 horas siguiendo las indicaciones del jefe de proyecto o persona en quien éste delegue. La prestación se realizará normalmente en las dependencias del INTA en Torrejón de Ardoz. Los trabajos se realizarán siguiendo los métodos y procedimientos existentes. El INTA proporcionará los medios materiales necesarios. El INTA designará un Director Técnico para velar por el cumplimiento de los trabajos exigidos y ofertados y emitir las certificaciones parciales de recepción de los mismos. Se prevén las bases para el seguimiento y control, con reuniones periódicas mensuales, y compromiso de genera toda la documentación necesaria para cada producto obtenido en la prestación. Dicho contrato fue prorrogado desde el 1-1-2009 al 20-10-2009.

El de octubre de 2009 se adjudica contrato menor para prestación de servicios Proyecto Meteor por importe de 6.676,12 €. El 20-1-2010 se firma contrato administrativo para prestación del servicio Prestaciones de servicios evaluaciones seguridad Cesti y Oficina, con un plazo de ejecución hasta el 31-7-2011, con sujeción al Pliego de Prescripciones Técnicas, que implica la ejecución de las mismas o semejantes funciones, descritas en los Pliegos de Prescripciones Técnicas. Entre las actividades desempeñadas en cumplimiento de sus funciones figuran: recepción de material, solicitudes de necesidades del programa, responsable frente a proveedores, control de material, preparación de plan de actividades preventivas, redacción de informes de gestión, reuniones con el cliente. Existían directrices e instrucciones sobre los objetivos y supervisión por parte del personal del INTA

del departamento que ejecutaba el programa Meteor, compuesto por el actor, el jefe del Programa, el jefe Adjunto, y el jefe de Oficina. Teniendo en cuenta esos objetivos y los servicios especificados en los Pliegos, el actor realizaba su trabajo con autonomía.

Para llevar a cabo las tareas indicadas el INTA proporcionó al actor los medios, materiales e instrumentos necesarios, incluyendo teléfono, mobiliario electrónico. El acceso a la información dependía del perfil o rol del personal. El actor también tenía clave de acceso y tarjeta de acceso al centro de trabajo. En un principio firmaba hojas de asistencia. Posteriormente se reflejaba con la tarjeta de acceso la hora de entrada y salida. Actualmente no existe tal control. El actor tenía un horario flexible dentro del horario del resto del personal de INTA. No consta un control directo, coordinaba sus vacaciones con el personal del Departamento de INTA, aunque no era precisa autorización del Instituto, no comunicase ni se controlasen permisos o ausencias.

2. La prestación del actor se ha articulado mediante la celebración de un primer contrato administrativo de asistencia titulada Consultoría y asistencia técnica, que se suscribió el 12-03-2008 con plazo de ejecución previsto hasta el 31-12-2008, al amparo de la ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por RD legislativo 2/2000, de 16/06, prorrogado hasta 20-10-2009; el 20-01-2010 suscribe contrato administrativo para prestación del servicio de prestaciones de servicios evaluaciones de seguridad Cesti y oficina, con plazo de ejecución hasta 31 de julio de 2011, al amparo de la Ley 30/2007, de 30/10, de Contratos del Sector Público, con sujeción al pliego de prescripciones técnicas; con anterioridad a la suscripción del contrato referido el actor prestó servicios en el INTA mediante contrato menor para la prestación de servicios como Asistencia Técnica Jefatura Programa Meteor.

Los contratos suscritos están sometidos a la misma normativa, la Ley 30/2007, de Contratos de las Administraciones Públicas, con excepción del primero de ellos que lo fue al amparo del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La ley 30/2007 excluye de su ámbito de aplicación —art. 4.1.a)— los contratos regulados en la legislación laboral, estableciéndose en su art. 5 su calificación, sin regular ya los contratos de asistencia técnica y consultoría. A su vez en el art. 10 se dispone que son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro.

Según la STS de 21/07/2011, la prestación de servicios profesionales en régimen de ajenidad y dependencia es de naturaleza jurídico-laboral y que solamente es posible calificarla como contrato administrativo porque una ley expresamente permita esa exclusión que, por ello mismo, tiene naturaleza constitutiva y no meramente declarativa. Ahora bien, esa exclusión constitutiva no se produce en el vacío, esto es, no es un cheque en blanco que se conceda a la Administración Pública para que pueda convertir en contrato administrativo cualquier contrato materialmente laboral por el solo hecho de calificarlo como tal. Por el contrario, esa exclusión constitutiva tiene que tener un fundamento, pues de lo contrario entraría en abierta contradicción con el art. 35.2 CE y el art. 103.3 CE. Es decir, la Constitución establece un modelo bipolar (funcionarios y laborales) del personal al servicio de las Administraciones Públicas, modelo al que se han ido aproximando las sucesivas concreciones de la legislación ordinaria, y la que más lo hace es el Estatuto del

Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril, arts. 8 a 12), si bien ese modelo bipolar siempre ha permitido algunas excepciones de contratos administrativos de prestación de servicios personales que, como tales excepciones deben ser interpretadas restrictivamente. La STS de 30/4/2007 expresa que el problema suele plantearse en la distinción **entre «trabajos específicos y concretos no habituales»** que excepcionalmente podía llevar a cabo la Administración cuando para realizarlos contrataba personas individuales.

La legislación acerca de la posible contratación de personas para realizar obras o servicios por parte de la Administración ha sido modificada en lo que se refiere el régimen administrativo de la contratación. En este sentido, la **Ley 13/1995 fue modificada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, en la que, curiosamente, se suprimió la posibilidad de celebración de «contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales»** que antes figuraba como una posibilidad de contratación administrativa en el apartado 4 del art. 197 en el texto de 1995, y dicha supresión **se ha mantenido en el Texto Refundido vigente de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.**

Las características de la prestación de servicios realizada por el actor responden a las notas definitorias básicas del contrato de trabajo: ajenidad y dependencia. Se trata de la realización de una serie de tareas que se desarrollan en el INTA, en cuyo centro trabajó el actor para llevar a cabo un conjunto de tareas muy variadas ya descritas, todo ello dentro de los objetos de los contratos «ejecución de la asistencia titulada consultoría y asistencia técnica» y «Prestaciones de servicios evaluaciones seguridad cesti y oficina». Esas tareas se llevaban a cabo en el centro del mencionado INTA, accediendo al centro mediante una tarjeta de acceso en la que se reflejaba la hora de entrada y salida, con directrices e instrucciones sobre los objetivos y supervisión del personal de INTA del departamento que ejecutaba el programa Meteor e informaba mensualmente del estado de la gestión del programa; para llevar a cabo estas tareas el INTA proporcionó al actor, los medios materiales e instrumentos necesarios, incluyendo teléfono, mobiliario, recursos informáticos y cuenta de correo electrónico; el actor coordinaba sus vacaciones con el personal del departamento de INTA, aunque no era precisa autorización del INTA.

En consecuencia, el contrato celebrado por la recurrente el 12-03-2008 fue desde el principio un contrato de trabajo y continuó siéndolo en los sucesivos suscritos, por lo que procede aplicar el art. 1 LET y los arts. 1 y 2 de la LPL, que determinan el carácter laboral de esa relación y la competencia del orden jurisdiccional social.

La decisión, además de estimar que existe competencia negada por el Juzgado de lo Social de instancia, añade que el cese del demandante constituye un despido improcedente con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, ascendiendo la indemnización a percibir a 16.156,08 euros (153,75 días de indemnización por 105,08 euros diarios).

3. No se puede negar que es **excelente la panorámica y entendimiento jurídico que hace esta sentencia, de modo que no existe discrecionalidad administrativa para decidir cuándo el contrato concertado será de trabajo y cuándo será administrativo.** Se han de cumplir las previsiones del art. 1.1 LET, y la Administración tendrá que acreditar la excepcionalidad del supuesto para evitar que se aplique el régimen general.

Sin embargo, **se ha cometido un error en la sentencia del TSJM, consistente en no devolver el proceso al Juzgado de lo Social de instancia, para que decidiera sobre el**

fondo, una vez que no lo había hecho al estimar la excepción de incompetencia del orden social. Al decidir el TSJ que el despido era improcedente y la indemnización que correspondía a la parte demandante, ha asumido, junto a las funciones de tribunal de suplicación, que le son propias, otras funciones del tribunal de instancia, que no lo son, y ha privado a las partes de un grado jurisdiccional para debatir y argumentar sobre la cuestión de la naturaleza del despido y sus efectos.

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) **Ámbito del procedimiento de consultas en supuestos de despidos colectivos.**
 3. CONTRATAS.
 - A) **Concepto de propia actividad.**
 - B) **Responsabilidad de la empresa principal en el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.**
 - C) **Extinción del contrato de trabajo por finalización de la contrata: aplicación de los requisitos previstos en el convenio colectivo.**
 - D) **Sucesión de contratas por aplicación de la doctrina de la sucesión en la plantilla.**
 - E) **Sucesión de contratas prevista en Convenio Colectivo: aplicación del Convenio de Limpieza a trabajadores con relación especial.**
 - F) **Sucesión de contratas prevista en Convenio Colectivo: incumplimiento de las obligaciones de información entre empresas contratistas.**
 4. CESIÓN ILEGAL.
 - A) **Diferencia con la contrata.**
 - B) **Momento procesal oportuno para ejercitar la acción electiva de fijeza.**
 - C) **Ejecución de la sentencia de cesión ilegal: debe realizarse aunque en el momento de su petición se haya extinguido la relación laboral.**
 5. SUCESIÓN DE EMPRESAS.
 - A) **Concepto de transmisión.**
 - B) **Inexistencia de sucesión de empresa por mera adquisición de inmueble en subasta judicial.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional

y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 3 de 2013 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1/2013 a J 327/2013) 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 aparecen indicadas con la abreviatura u.d.

2. GRUPO DE EMPRESAS

A) **Ámbito del procedimiento de consultas en supuestos de despido colectivo**

El artículo 51.2 del ET impone al empresario la celebración de un periodo de consultas de una duración no superior a treinta días naturales, que será de un máximo de quince para empresas que empleen a menos de cincuenta trabajadores, con la representación de los trabajadores. El precepto no se refiere de forma expresa al ámbito en el que deben producirse estas consultas, si bien de manera reiterada toma como referencia la empresa como destinataria de las obligaciones, o se refiere a los representantes legales de los trabajadores en la empresa como parte del proceso de consulta. En desarrollo de la regulación estatutaria, el artículo 6.2 del Reglamento sobre despidos colectivos, suspensiones de contrato y reducciones de jornada, aprobado por RD 1483/2012, parece dejar en manos del empresario la elección del ámbito de la consulta, cuando obliga a éste en el escrito de comunicación a la autoridad laboral del inicio del procedimiento a detallar, en caso de que los despidos afecten a trabajadores de distintos centros de trabajo, si la negociación del expediente se llevará a cabo de forma global o individualizada. Esta primera conclusión cobra fuerza si se tiene en cuenta que la anterior versión de dicha norma reglamentaria, aprobada por RD 801/2011, reconocía legitimación preferente para dichas supuestos al Comité Intercentros (art. 4.1), previsión que ha desaparecido en la norma actualmente vigente. A pesar de lo dicho, resulta difícil asumir que el legislador haya querido facultar al empresario de manera exclusiva para decidir el ámbito de la consulta en tan relevantes supuestos, sin tener en cuenta la existencia o no de unidades consolidadas de consultas previstas en convenio colectivo.

Sea como fuere, la realidad empresarial en nuestro país obliga a plantearse escenarios más complejos a los que el legislador laboral hasta la fecha no ha dado una respuesta unitaria y satisfactoria, como es el caso de los grupos de empresa, para los que tampoco existe una regulación específica que permita conocer el ámbito en el que deben desarrollarse las consultas. Es por ello que, ante una decisión de reorganización empresarial que incluye despidos colectivos que afectan a los trabajadores que prestan servicio para distintas empresas que forman parte de un grupo de empresas, cabe plantearse distintas posibilidades. De un lado, cabe la opción de exigir que, atendiendo a la diferente personalidad jurídica de cada una de las empresas afectadas, las consultas se desarrollen de forma par-

cial o diferenciada en cada una de éstas; de otro, atendiendo a los vínculos operacionales que configuran el grupo de empresas, cabe plantear la conveniencia de realizar un único proceso de consultas que permita analizar la realidad empresarial en su conjunto y, en consecuencia, adoptar soluciones igualmente globales. Sin olvidar terceras opciones, que diferenciarían la opción por el ámbito empresarial o por el ámbito grupal según diversas circunstancias, entre ellas por ejemplo el carácter más o menos real, más o menos ficticio, desde el punto de vista laboral del correspondiente grupo. Como se viene diciendo, nada establece de manera específica el legislador para estos supuestos, salvo la referencia incluida en el art. 51.8 ET que tiene por objeto focalizar en el empresario promotor de la medida las responsabilidades de información y documentación, incluso en el supuesto de que, en el caso de grupos de empresa, la dirección central no le hubiese facilitado tales datos, como fórmula de evitar la elusión de las obligaciones normativas en la materia, por la vía de igualar el ámbito de imputación de responsabilidades y facultades de decisión en materia de despidos colectivos. En el mismo sentido, el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada, obliga a la empresa promotora de la medida a informar sobre la situación de todas las empresas que forman parte de un grupo (art. 4.5) y obliga a considerar la posibilidad de emplear a los trabajadores afectados por el expediente en la propia empresa o en otras empresas del grupo del que forme parte (art. 8.1). De esta forma, de la interpretación literal de la normativa aplicable al caso no cabe inferir la participación de la dirección central de la empresa o de todas las empresas que forman parte de un grupo en las consultas, antes bien, parece intuirse que conforme a la norma reglamentaria las consultas deben desarrollarse en el ámbito, con carácter exclusivo, de la empresa que promueve la decisión de extinguir los contratos de los trabajadores que para ella prestan servicios. Distintos argumentos de orden práctico pueden aconsejar una regulación diversa, pues resulta algo obvio que la centralización del proceso de consultas evita la reproducción de procesos a nivel de empresas y centros de trabajo, permite desplegar una visión unitaria de los problemas y las posibles soluciones alternativas a la reducción del volumen de empleo, facilita el conocimiento de los problemas que debe afrontar la empresa y permite el acceso de la representación de los trabajadores a lo órganos de la dirección de la empresa a los que en última instancia corresponde adoptar las decisiones que deben ser objeto de consulta.

La SAN de 25 de febrero de 2013, IL J 235 aborda esta cuestión, resultando igualmente interesantes tanto las reflexiones realizadas por el órgano judicial *obiter dicta*, como las que conducen a la resolución del litigio. De un lado, la sentencia estima que el proceso de consultas debe realizarse a nivel de grupo de empresas porque en el supuesto examinado se dan los requisitos exigidos por la jurisprudencia para determinar la existencia de un grupo de empresas patológico desde el punto de vista laboral, es decir cuando se presenta una situación de grupo ficticio desde el punto de vista laboral:

«Se ha probado, por lo demás, que existe unidad de dirección entre las empresas del grupo, quienes comparten una dirección productiva única, que es la que distribuye los pedidos entre las diferentes mercantiles, que no compiten entre si, acreditando, de este modo, una unidad económica efectiva, en la que concurre una clara confusión patrimonial, comprobada por la existencia de caja única, así como cierta rotación entre las empresas del grupo, que han usado, al menos en algunas ocasiones, servicios de empleados retribuidos por otras empresas del grupo.

Concurren, por consiguiente, los rasgos de fuerza, caracterizadores del grupo de empresas patológico, por lo que descartamos de plano la nulidad solicitada, porque se haya negociado globalmente por las empresas del grupo» (SAN de 25 de febrero de 2013, IL J 235).

De otro lado, y ya al margen de la resolución del conflicto planteado, el órgano judicial rechaza la posibilidad de desarrollar las consultas para el conjunto del grupo de empresas cuando no sea posible acreditar dichos requisitos, esto es cuando el expediente afecte a un grupo mercantil de empresas, aunque muestra su conformidad con una eventual reforma normativa que en el futuro permitiese centralizar las consultas evitando la reiteración de procesos de consulta a nivel de empresa:

«A nuestro juicio, no es posible que el grupo de empresa 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 des despídos colectivos, decisión por la empresa dominante, mediante periodos de consulta en cada empresa, no es satisfactoria, por cuanto el interlocutor real, para que el periodo 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 consolidación 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 de 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 periodo de consultas, lo que debería considerarse, en nuestra opinión, en futuras regulaciones legales, con la finalidad de evitar periodos de negociación artificiosos, repetitivos y costosos, cuando podrán resolverse de modo unitario con el interlocutor que toma efectivamente las decisiones por todas las empresas del grupo.

Mientras no se produzca dicha regulación, la negociación global del despido colectivo con la empresa dominante supondrá una buena práctica, cuya utilidad nos parece incuestionable, por cuanto se producirá entre los interlocutores reales, por lo que podrá efectuarse sin problema. Sin embargo, aunque concluya con acuerdo, no podrá eludir los periodos de consulta en cada una de las empresas del grupo mercantil, que contarán de este modo, con instrumentos útiles para negociar la incidencia y la adecuación e la causas en cada una de las empresas del mismo» (SAN de 25 de febrero de 2013, IL J 235).

3. CONTRATAS

A) Concepto de propia actividad

La responsabilidad solidaria respecto de las deudas salariales contraídas por la empresa auxiliar, de conformidad con lo normado para los supuestos de contratas, afecta al empre-

sario principal únicamente cuando la actividad desarrollada por la primera forma parte de la actividad propia de la segunda (art. 42.2 ET). Es por ello que la determinación del alcance del concepto propia actividad resulta crucial y ha sido objeto de numerosas controversias. Pero la abundante jurisprudencia sobre la materia no permite eliminar la litigiosidad en torno a este concepto jurídico indeterminado, circunstancia que obliga a desplegar el método casuístico valorando todos los factores concurrentes. En esta ocasión, la cuestión que se debate se refiere a la consideración que corresponde al transporte sanitario no urgente que el servicio de salud canario contrató con una empresa privada dedicada a dicha actividad, en otras palabras, se trata de determinar si dicha actividad forma parte o no de la propia actividad del sistema público de asistencia sanitaria. En opinión del tribunal en este caso se trata justamente de un supuesto de propia actividad que determina la mencionada responsabilidad solidaria:

«Estamos pues en el caso de abordar el fondo del asunto, que no es otro sino el de determinar si la empresa pública demandada GSC tiene como propia actividad, el transporte sanitario que le ha sido encomendado mediante convenio suscrito con el Servicio Canario de Salud, a efectos de establecer la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42 para los casos de contrata y subcontrata.

Para delimitar este concepto de propia actividad, la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa, y que nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial (SSTS 18/01/95 —rec. 150/94— 14/11/98 —rec 517/98—, 22/11/02 —rec. 3904/01— y 11/05//05 —rec. 2291/04—); y que referida a una actividad pública se corresponde con aquellas prestaciones que se hallan necesariamente integradas en la función que tiene encomendada y sin cuya actuación no se entendiera cumplida esa función (STS 23/01/08 —rcud 33/07— y 03/10/08 —rcud 1675/07—), como el ordinario no urgente, porque el servicio de transporte sanitario es indispensable para prestar una correcta atención sanitaria (STS 24/06/08 —rcud. 345/07—).

Siendo esto así, es claro que si el transporte sanitario se considera actividad propia del Servicio Canario de Salud por tratarse de una actividad indispensable para prestar una atención sanitaria correcta, al contratarse por el Servicio de Salud ese transporte sanitario con la empresa pública demandad GSC, con facultades para realizarlo por sí misma o encomendárselo, a su vez, a terceros mediante la correspondiente subcontrata, pasa a ser también actividad propia de la referida empresa pública, así como de los demás subcontratistas que asumen el transporte sanitario dentro de lo que es su objeto social, dando lugar por tanto a la responsabilidad solidaria de todos ellos conforme a lo dispuesto en el art. 42 ET» (STS de 15 de noviembre de 2012, u.d., IL J 53).

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Navarra de 17 de octubre de 2013, IL J 213, tras considerar que los trabajos de reparación y mantenimiento de sistemas de alarma que realizaba la empresa auxiliar para la principal en un determinado espacio geográfico forman parte de la propia actividad de la segunda, dedicada a un objeto social más amplio, según se desprende de los documentos oficiales aportados, del que estas acti-

vidades forman parte. Esto es, conforme a esta interpretación, no es preciso que la empresa auxiliar tenga un idéntico objeto, basta con que el objeto de la auxiliar forme parte del objeto más amplio de la principal.

B) Responsabilidad de la empresa principal en el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad

La Ley General de Seguridad Social contempla la imposición de un recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, según la gravedad de la falta, cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de prevención de riesgos laborales (art. 123 LGSS). La responsabilidad del pago del recargo corresponde de manera directa al empresario infractor de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Como es conocido, en supuestos de contratas y subcontratas de la propia actividad cuando el accidente se produce en el centro de trabajo del empresario principal, las obligaciones en materia de prevención de riesgos afectan a ambos empresarios, de manera común o individualizada, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 LPRL. De ahí que de nuevo resulte relevante que la contrata sea o no de la propia actividad.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a tenor de lo anterior, estima el recurso presentado contra una sentencia que condena solidariamente a una empresa constructora y a la empresa promotora por responsabilidad en el accidente de un trabajador, con el consiguiente recargo del 40% de las prestaciones de Seguridad Social por las lesiones no invalidantes producidas a este trabajador. En opinión del tribunal, empresas constructoras y promotoras se dedican a actividades diversas, por lo que no resulta posible considerar que el incumplimiento de las obligaciones de seguridad que correspondían a la primera, permita extender la responsabilidad por los daños ocasionados al trabajador en el accidente a la segunda, entre cuyas obligaciones de coordinación de actividades no se encuentra ni las que corresponden a la formación de los trabajadores de la contratista ni la diaria comprobación del estado de las maquinarias propiedad de ésta que aquellos deben utilizar.

«Así, recogiendo doctrina jurisprudencial, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005 (RJ 2005, 5595), respecto de la distinción establecida en la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de ordenación de la edificación el promotor se define “como cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título” y sus obligaciones en relación con el proceso de edificación son las de ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculta para construir en él, facilitar la documentación e información previa necesarias para la redacción del proyecto, gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, así como suscribir el acta de recepción de la obra, concertar los seguros exigibles y entregar al adquirente la documentación de la obra ejecutada. Por su parte, el constructor es “el agente que asume contractualmente, ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato”, y sus obligaciones son las relativas a ejecutar la obra con sujeción al proyecto, tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las con-

diciones exigibles para actuar como constructor, designar al jefe de obra, asignar a la obra los medios humanos y materiales que su importancia requiera, formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato, firmar el acta de replanteo o de comienzo y el acta de recepción de la obra, facilitar al director de obra los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la obra ejecutada y suscribir las garantías previstas en el artículo 19 de la Ley 38/1999.

De esta regulación se desprende que, aunque insertas en el mismo sector de la edificación, las actividades empresariales de los promotores y de los constructores son distintas. El promotor desarrolla una serie de acciones de iniciativa, coordinación y financiación de los proyectos de edificación que tienen carácter básicamente administrativo y comercial, mientras que la labor del constructor es fundamentalmente física y productiva. Se trata, por tanto, de actividades empresariales que son en sí mismas diferentes, aunque entre ellas pueda existir una conexión o dependencia funcional y en este sentido la actividad de construcción no es una actividad “inherente” al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria. Esta misma línea divisoria la establece la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la Construcción en la definición que de las mismas desarrolla el art. 3.b), promotor es “cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se señala obra”, c) contratista o empresario principal es “la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato. Ello sin perjuicio como prevé el párrafo segundo de dicho apartado que “el promotor realice directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra”, en cuyo caso tendrá también la consideración de contratista a los efectos de dicha Ley, cita que se efectúa a los solos efectos indicativos de la línea marcada por el legislador, más inaplicables al supuesto de autos, por evidentes razones cronológicas” (STSJ de Cataluña, de 26 de junio de 2008, Recurso 1319/08).

Segundo.—En el caso de la recurrente, como se ha expuesto anteriormente y en relación con la obra, no había asumido ningún control sobre la misma, más allá de que se llevara a cabo conforme a lo contratado, ni el accidente se produjo dentro de la esfera su responsabilidad, ya que si bien se produjo en el solar de su propiedad, es decir, el centro de trabajo, no lo fue con maquinaria o elementos de producción bajo su control, pues el trabajo de “alimentación de la máquina de amasado y fabricación de mortero” lo llevaba a cabo el trabajador accidentado, dependiente de la empresa contratada PAVIMAT DEL SEGRÌÀ, S.L., con maquinaria propiedad de ésta, siendo únicamente la participación de la INMOBILIARIA FAMIRO, S.A. la de tener un coordinador de seguridad que visitaba la obra cada semana a fin de comprobar posibles deficiencias en su ejecución, por lo que vistas las circunstancias en que se produjo el accidente en los términos expuestos en el redactado fáctico de la sentencia y que la medida de seguridad (rejilla) de la máquina en que se produjo el accidente “fue temporalmente retirada el ese día para poder cargar arena con más rapidez” (fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia), la infracción concreta en materia de seguridad e higiene corresponde a la empresa contratada PAVIMAT DEL SEGRÌÀ, S.L., así como en relación a la falta de adecuada formación del trabajador accidentado, infracciones que ninguna relación guardan con la coordinación de actividades llevada a cabo por la empresa recurrente, por lo que se impone la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida en los términos que se dirán en la parte dispositiva de esta sentencia» (STSJ de Cataluña de 2 de octubre de 2012, IL J 176).

C) Extinción del contrato para obra o servicio determinado por reducción de la contrata: aplicación de los requisitos previstos en el Convenio Colectivo

El Tribunal Supremo admite la contratación por obra o servicio determinado en el sector del telemarketing (STS de 4 de octubre de 2007, rcud. 1505/2006), siempre que el objeto del contrato esté objetivamente definido, sea conocido por las partes en el momento de contratar y opere como un límite temporal previsible en la medida en que la actividad se realiza por encargo de un tercero y mientras éste se mantenga. La doctrina judicial sostiene que la interpretación del contenido de la regulación legal sobre la materia no puede ir en contra de la naturaleza de ese tipo de contratos y del objetivo perseguido con su normación, cual es el de cubrir una necesidad temporal de mano de obra que tiene una empresa que debe ejecutar una obra o servicio de esa duración. Por ello, mientras subsista esa necesidad temporal de empleados, mientras la empleadora siga siendo adjudicataria de la contrata o concesión que motivó el contrato temporal, la vigencia del contrato debe mantenerse, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface. En ocasiones, no se produce un cese total en la actividad, de manera que las necesidades de personal continúan siendo reales, aunque la intensidad disminuye. La disminución del volumen del objeto del contrato, en opinión de la jurisprudencia (STS de 10 de junio —rcud. 1204/2007—, 16 de junio —rcud. 4426/2006— y 23 de septiembre de 2008 —rcud. 2126/2007—), no sería causa suficiente para justificar el fin del contrato de trabajo, aunque sí podría ser causa suficiente para acordar, según los casos, despidos de carácter objetivo o colectivos (STS de 7 de junio de 2007 —rcud. 191/2006— y 31 de enero de 2008 —rcud. 1719/2007—). Pero esta doctrina que en nuestra opinión tiene un carácter general, en ocasiones debe aplicarse junto a preceptos de carácter convencional que complementan la ordenación de la materia. Es el caso del Convenio Colectivo de Empresas de Telemarketing, sobre cuyo art. 17 el Tribunal Supremo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse, manifestando una cierta falta de sintonía de su contenido con la doctrina más arriba señalada:

«Lo cierto es que el precepto en cuestión sitúa a los trabajadores vinculados por la modalidad contractual analizada en una clara postura de indefensión por más que la norma establezca cautelas; de cuyo cumplimiento, además, no se ha practicado prueba y que en todo caso no inciden en el control de la causa de extinción, sino en la elección de los trabajadores y el procedimiento para la extinción de los contratos. Y ello porque la eventualidad de la disminución del volumen vacía de contenido la exigible identificación de la obra o servicio para la que el trabajador es contratado al impedir el conocimiento del momento y la forma en que podrá considerarse acabada la misma» (STS de 7 de junio de 2007 —rcud. 191/2006— y 31 de enero de 2008 —rcud. 1719/2007—).

Todo ello pesa en la resolución del supuesto que analizamos, pues aunque la sentencia parte de la admisibilidad inicial de la decisión empresarial, exige un estricto y completo cumplimiento de las garantías establecidas convencionalmente, lo que termina por conducir al rechazo de las pretensiones de la empresa, tras declarar improcedente el despido acordado por ésta de una trabajadora del servicio de telemarketing, cuyo contrato había sido extinguido sin atenerse a dichas reglas.

Tal y como dicha resolución anticipa, ese dato —constituya o no como defecto de forma— sí puede tomarse en consideración como otro dato más a valorar en términos probatorios

y de él resulta que, como sostiene la actora, se ha valorado como período de comparación uno de 10 semanas (de la 44 a la 53) cuando lo exigido en el convenio es, según ya se ha expresado, un mínimo de los tres últimos meses para campañas o servicios de seis o menos de seis meses de implantación y entre seis y 12 últimos meses para campañas o servicios con implantación superior a seis meses, de lo que resulta que no se cumple en este caso con el requisito y que si la actora fue contratada para la campaña que se dice el 18 de marzo de 2010 (hecho primero de los declarados probados en la sentencia recurrida) para la ejecución de un previo contrato mercantil (23-11-09) de la demandada con una tercera empresa (folio 141), debió efectuarse la comparación en los términos superiores del precepto, de modo que, en cualquier caso, el factor comparativo utilizado no era el idóneo y, por tanto, no se determinaba debidamente si la reducción que tendría que haberse tomado justificaba la medida extintiva, no siendo de recibo lo argüido al respecto en el escrito de impugnación de la empresa demandada de que «los datos entregados corresponden a los datos obtenidos a lo largo de un año y así se aprecia en la documental aportada por esta parte», porque ni ello es lo que dice la carta de despido, ni se ha solicitado la revisión de los antedichos ordinales segundo y tercero de la declaración fáctica de la sentencia recurrida, ni se concreta la documental con la indicación de los folios correspondientes ni, en fin, se infiere tampoco de la carta de 20-5-11 dirigida al comité de empresa (folio 81 de los autos) donde al notificarle la reducción de plantilla con efectos del 5-6-11 da como argumento que el servicio correspondiente “se ha visto reducido de forma notable en las últimas semanas y tomando como referencia la semana identificada como 44 en los datos aportados y comparativamente con la última (semana 53) la reducción del volumen de trabajo se sitúa en un 23,01...”, coincidiendo de este modo y en esos concretos términos o datos con el motivo dado en la carta de despido (folio 62).

Asimismo puede repararse en que en esa inconcretada documentación (siempre, además, sin sustentar una propuesta de revisión formal) el folio 82 contiene un cuadro de lo que la empresa denomina “desglose de decrementos sobre semana 44” que es el que se refiere específicamente a la reducción y que se circunscribe precisamente a dicho período comprendido entre las semanas 44 a 53, añadiendo un “análisis reducción” que abarca las horas de la semana 44 a las horas de la semana 53 y que da como resultado la “reducción HS necesaria” tras apreciar como porcentaje de descenso de llamadas del 23,01%, que es precisamente el que se consignaba en la carta de despido, siendo ésta (la carta de despido), según también se ha expresado precedentemente, el documento básico en tal sentido, pues es el que ha de contener los hechos y la causa de esa medida, sin que ningún otro pueda sustituirlo a la hora de determinar el objeto de la prueba, la cual ha de acomodarse a los términos de esa comunicación escrita» (STSJ de Madrid de 28 de junio de 2012, IL J 115).

D) Sucesión de contratados por aplicación de la doctrina de la sucesión en la plantilla

El cambio de titularidad de una empresa no determina de forma automática la extinción de las relaciones de trabajo que se desarrollan en la misma, correspondiendo al nuevo empresario la obligación de subrogarse en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social. Conforme establece sobre esta materia el art. 44 ET, la garantía se extiende al cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo y al cambio de titularidad de una unidad productiva autónoma, esto es una entidad económica que mantenga su

identidad, como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. El cambio de empresa contratista al término de la concesión de una contrata puede entenderse incluido en el ámbito de aplicación del art. 44 ET siempre que se superen los requisitos exigidos legalmente tal como es interpretada la normativa por la doctrina judicial. En numerosas ocasiones el cambio de contrata no requiere la transmisión de elementos patrimoniales, pues es concebible en determinados casos una transmisión de empresa sin los anteriores elementos. Es cierto que en muchas ocasiones la transmisión de contrata constituye una mera transmisión de actividad, sin el resto de los requisitos legalmente exigidos para que se produzca la transmisión, motivo por el cual nuestros tribunales suelen fallar en contra de la aplicación del precepto legal que impone la subrogación contractual. Es el caso de determinadas actividades habitualmente objeto de subcontratación, como la limpieza de edificios y locales en las que, salvo que el empresario entrante se haga cargo de parte importante del personal que venía realizando dicha actividad, no queda obligado a subrogarse por aplicación del art. 44 ET, sin perjuicio de lo que pueda establecerse en el convenio colectivo aplicable.

El TSJ de Galicia aplica dicha doctrina para rechazar la obligación de subrogación empresarial en un supuesto de contrata de servicios de seguridad en el que no existe transmisión de elementos patrimoniales ni asunción de personal, sin que tampoco sea posible, por dedicarse las empresas cedentes y cesionarias a distinta actividad, la subrogación por aplicación del convenio colectivo de empresas de seguridad.

En opinión del tribunal, «Hacemos referencia también, por todas a la sentencia del Tribunal Supremo de 12-7-2010..., si bien la doctrina de la Sala ha mantenido que la mera sucesión en la actividad que se produce como consecuencia en el cambio de adjudicación de las contratas con salida de un contratista y la entrada de otro nuevo no constituye un supuesto de transmisión de empresa previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores cuando no va acompañada de la cesión de los elementos patrimoniales precisos para la explotación, debe tenerse en cuenta que esta doctrina se rectificó a partir de las sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 —reiteradas por las sentencias de 29 de mayo y 27 de junio de 2008— para acomodarla al criterio que en aplicación de la Directiva 2001/23 ha mantenido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea— en numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 10 de diciembre de 1998 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal), 25 de enero de 2001 (caso Liikeene), 24 de enero de 2002 (caso Temco Service Industries) y 13 de septiembre de 2007 (caso Jouini), que sostienen que “en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica” y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese en la actividad contratada, cuando “el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”.

Ello determina que, salvo las denominadas asunciones no pacíficas de plantilla, como las que contemplan las sentencias de 20 de octubre de 2004 y 29 de mayo de 2008, los supuestos en que en una actividad en la que es predominante la mano de obra se produce una sucesión en la actividad de la contratada seguida de la incorporación a la contratista entrante de la asunción de una parte significativa del personal que venía realizando las

tareas de la anterior contrata, debe entenderse que hay que aplicar las garantías del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, al menos en la parte coincidente con las que contempla la Directiva 2001/23.

Sin embargo esto no es lo que sucede en el caso enjuiciado, primero porque los demandantes son vigilantes de seguridad y el servicio de seguridad tanto diurno como nocturno es asumido por el personal de la Armada, la codemandada Seralia SA solo asume el control de acceso e información y sus trabajadores no tienen la categoría de vigilantes de seguridad, sino de conserjes como con valor fáctico se afirma en la fundamentación jurídica, porque no es una empresa de seguridad, por ello la Sala entiende al igual que la sentencia recurrida, que no solo no se le aplica el mismo Convenio Colectivo que a Galaica SA, ni por tanto lo previsto en el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las empresas de seguridad que impone que, cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados por un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva adjudicataria está obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, siempre que tengan una antigüedad real mínima de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha de la subrogación, siquiera se exija que la cesante lo comunique a sus trabajadores y remita con, al menos, tres días de antelación una documentación... sino que tampoco es de aplicación el artículo 44 denunciado porque ni la empresa Seralia, ni el Ministerio de defensa asumen los trabajadores de la empresa saliente y por lo mismo, traemos a colación, aunque aplicándola a sensu contrario, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11-6-2012 en la que reiterando doctrina entiende que, dado que si bien la regla general es que no opere la sucesión empresarial cuando un Ayuntamiento asume la propia actividad anteriormente descentralizada, lo cierto es que dicha regla no opera cuando es el propio Ayuntamiento quien se hace cargo de los trabajadores de la empresa contratista, supuesto en que se produce una sucesión de empresas, tal como recoge el art. 44 ET y las Directivas comunitarias...o la más específica de 11-7-2011...” Por consiguiente [tal como concluía la sentencia últimamente citada del Pleno de esta Sala], si no existe transmisión de elementos materiales y tampoco puede apreciarse la concurrencia de “sucesión de plantilla”, en los términos y condiciones que la doctrina de la Sala requiere al objeto de que tratamos, es obvio que no puede sostenerse que exista en el caso de autos una sucesión de empresa de las que se regulan en el art. 44 del ET»(STSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2012, IL J 191)

E) Sucesión de contratas prevista en Convenio Colectivo: aplicación del Convenio de Limpieza a trabajadores con relación especial

En los supuestos, como el analizado en el apartado anterior, en los que no resulta aplicable la normativa legal sobre transmisión de empresa a la sucesión de contratas, la subrogación del empresario entrante puede también producirse por aplicación de lo dispuesto en el Convenio Colectivo. En tales casos, la subrogación del nuevo contratista por aplicación del convenio colectivo únicamente es posible cuando se cumplen los requisitos previstos en dicha norma, y siempre que las empresas afectadas formen parte del ámbito subjetivo de la norma convencional. Esta circunstancia ha permitido eludir todo compromiso de subrogación en los contratos de los trabajadores afectados por la finalización de la contrata en los supuestos en los que el empresario entrante no se encuentra vinculado al convenio

que expresamente prevé dicha obligación. En los casos que nos ocupan en este apartado, se trata de determinar si el convenio colectivo de limpieza resulta aplicable a trabajadores con relación especial, que venían desempeñando las tareas de limpieza afectadas por el cambio de contrata, por cuenta de un centro especial de empleo. La doctrina del tribunal se ve influida por el temor de que una normativa cuyo objetivo es promocionar la contratación de las personas discapacitadas se utilice en perjuicio de estos mismos trabajadores, lo que supondría un comportamiento lesivo de lo preceptuado en el art. 14 CE. Siguiendo el camino iniciado por la STS de 4 de octubre de 2011, u.d., IL J 1434, en la que el supuesto resuelto planteaba la cuestión literalmente inversa, diversos pronunciamientos de este tribunal consideran obligada la subrogación de la contratista entrante por aplicación del convenio colectivo de empresas de limpieza, sin que la naturaleza especial de la relación de trabajo que estos trabajadores mantenían con el centro especial que la nueva empresa sucede en la contrata altere de ninguna manera las obligaciones subrogatorias previstas en la norma convencional.

«En la actual reclamación la norma rectora de la actividad de Limpieza de Edificios y Locales en la provincia de Valladolid es el convenio Colectivo del mismo nombre, cuyo artículo 30 dispone lo siguiente: “Las especiales características y circunstancias de la actividad de limpieza determinan que la subrogación del personal constituye un modo atípico de adscripción de éste a las empresas, por lo cual, al término de la adjudicación de una contrata de limpieza, los trabajadores y trabajadoras de la empresa contratista saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones cualquiera que sea la forma jurídica que adopta incluida la de sociedad irregular, centro especial de empleo, cooperativa con o sin ánimo de lucro, etc.

La adscripción aquí regulada será también de obligado cumplimiento para los trabajadores autónomos que tomen a su cargo un servicio de limpieza, Incluso cuando con anterioridad a ello no viniesen utilizando personal laboral, así como para las empresas subcontratadas. Con el fin de estabilizar el empleo de los trabajadores del sector, procederá la subrogación cuando concurren los supuestos provistos en el presente artículo.

Al término de la concesión de una contrata o subcontrata de limpieza los trabajadores y trabajadoras de la contratista o subcontratista cesante pasaran a la nueva titular de la contrata cuando estén adscritos a la dependencia de la que se trate, fuere la modalidad contractual la que fuere, exigiéndose una adscripción funcional a dicha dependencia de al menos 5 meses. Si la antigüedad es inferior a cinco meses en el centro de trabajo, pero coincide con la antigüedad real del trabajador/a, procederá igualmente la subrogación, aun siendo el periodo de adscripción inferior e dicho plazo».

Es de destacar como en el tercer párrafo se hace referencia al paso a la nueva titular de la contrata, fuere la modalidad contractual la que fuere.

«Si en la doctrina precedente se analizaba la problemática de aplicación de un Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales públicos y el convenio rector de empresas de centros especiales, siendo la empresa saliente de trabajo ordinario con trabajadores no discapacitados y la nueva adjudicataria que ostenta la condición de centro especial, en el caso que ahora se contempla, empresa saliente con carácter de centro especial, trabajador

discapacitado que se le niega la subrogación y nueva adjudicataria de trabajo ordinario, idéntica deberá ser la solución pues si en el caso anterior se defendía la aplicabilidad del Convenio Colectivo rector del centro de trabajo dedicado a la limpieza de edificios y locales públicos en donde el trabajador prestaba servicios al no constar en las normas en juego ninguna sobre protección a los discapacitados que actuase en detrimento de quienes no poseen esa condición, tampoco ahora existe razón para excluir al discapacitado, lo que de producirse si constituiría un supuesto discriminatorio» (SSTS de 9, 10 de octubre y 12 de diciembre de 2012, u.d., J 36; J 136; J 242 y J 295).

F) Sucesión de contratistas prevista en Convenio Colectivo: incumplimiento de las obligaciones de información entre empresas contratistas

Como se ha comentado en el apartado precedente, cuando no resulta aplicable lo previsto en el art. 44 ET, la subrogación del empresario entrante puede derivarse de lo dispuesto en el Convenio Colectivo aplicable. En tales casos, la subrogación del nuevo contratista debe regirse de forma exclusiva por lo dispuesto en la norma convencional y, por consiguiente, de producirse lo hará en los términos y con los efectos previstos en ésta. En tales supuestos, se discute sobre los efectos que provoca la no entrega o entrega incompleta o parcial de la documentación relativa a los trabajadores afectados por el cambio de contrata, cuando dichas obligaciones de información han sido establecidas en la norma convencional como condición para que se produzca la subrogación empresarial. En concreto, la STS de 20 de noviembre de 2012, u.d., IL J 56, resuelve el conflicto planteado en torno a la interpretación del contenido del art. 55 del III Convenio Colectivo Estatal de las Industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales. Conforme a lo dispuesto en dicho precepto, la empresa saliente debía entregar una serie de nueve documentos a la nueva adjudicataria; no habiendo facilitado a ésta más que una relación nominal de los trabajadores afectados, la sentencia entiende que no se han cumplido los requisitos establecidos en la norma y, por tanto, no cabe subrogación de la entrante en los contratos de estos trabajadores. En palabras del tribunal:

«Como hemos indicado en numerosas ocasiones precedentes, el mecanismo sucesorio operante entre las empresas de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos, no es el previsto en el artículo. 44 del Estatuto de los Trabajadores, pues “ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación”, de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulado en dicho precepto sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte patrimonial, por lo que no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales (SSTS 30/12/93 —rcud 702/93—; 29/12/97 —rec. 1745/97—; ... 10/07/00 —rec. 923/99—; 18/09/00 —rec. 2281/99—; y 11/05/01 —rec. 4206/00—). Porque en las contratistas sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET, sino que la misma

se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida (SSTS 10/12/97 —rec. 164/97—; 29/01/02 —rec. 4749/00—; 15/03/05 —rec. 6/04—; y 23/05/05 —rec. 1674/04—), habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información sociolaboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente (STS 28/07/03 —rec. 2618/02—).

Asimismo 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” (SSTS 10/12/97 —rec. 164/97—; ...; 20/01/02 —rec. 4749/00— 29/01 / 02 —rcud 4749/00—; 11/03/03 —rec. 2252/02—; y 28/07/03 —rec. 2618/02—. A destacar que otra solución se impuso —por diversidad de normativa convencional— en las sentencias de 20/09/06 —rec. 3671/05—, para limpieza de edificios y locales; y 26/07/07 —rcud 381/06—, para empresas de seguridad). 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 (SSTS 11/03/03 —rec. 2252/02—; y 28/07/03 —rec. 2618/02—)».

Tal y como razona la precitada sentencia de esta Sala de 19 de septiembre de 2012 “Es claro a tenor de lo señalado que la empresa GIAHSA no cumplió con lo establecido en el artículo 55 del mencionado convenio colectivo, puesto que: a) 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; y; b) el precepto claramente impone la entrega documental, como demuestran las imperativas expresiones «deberá facilitar y acreditar ante la nueva empresa» (SSTS de 4 de octubre, 20 de noviembre, 18 de diciembre de 2012 y 5 de febrero de 2013, u.d.; J 31; J 56; J 155; J 267).

Siguiendo esta misma doctrina, la STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2009, IL J. 66, entiende que el incumplimiento parcial de las obligaciones documentales previstas en el III Convenio Colectivo del Transporte de Enfermos y Accidentados en ambulancia, de la Comunidad de Madrid, no altera la obligación de subrogación del empresario entrante, cuando se trata de documentos que no tienen carácter esencial o fundamental:

«Debe considerarse que en este caso la empresa que cesó en la contrata cumplió los requisitos de entrega de documentación al facilitar a la recurrente la documentación preceptiva con la cual acreditaba que los trabajadores a subrogar reunían los requisitos que la norma exige para que se produzca tal efecto, es decir la prestación de servicios durante el tiempo mínimo establecido en la contrata objeto de la sucesión, habiendo reducido el número de trabajadores que inicialmente notificó, excluyendo a aquellos que debían seguir prestando servicios para la empresa saliente a consecuencia de decisión de la Administración en el sentido de que la cesante debería seguir realizando los traslados de enfermos asignados con anterioridad a 1-2-11.

El dato de que se hayan proporcionado tres boletines de cotización sin ingreso efectivo, o de que la empresa saliente tenga pendientes cantidades de abono a la Seguridad Social, no determina incumplimiento que impida la subrogación, pues el convenio colectivo no exige a la empresa cesante que se halle al corriente en sus obligaciones con la Seguridad Social, a diferencia de otros convenios colectivos. Solamente se exige que se entregue a la nueva empresa fotocopias compulsadas de los TC-1 y TC-2 de los siete últimos meses, sin duda a efectos de controlar que los trabajadores afectados cumplen el requisito de antigüedad en la contrata durante ese plazo. Tratándose de una subrogación puramente convencional, no podría operar la responsabilidad solidaria de los arts. 104 y 127 de la LGSS establecida para el supuesto de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio.

Por otra parte, el dato de que los trabajadores hayan firmado finiquitos con la salvedad de su disconformidad y reserva de acciones, o la posible existencia de deudas de la antigua empresa, no implica tampoco incumplimiento esencial de las obligaciones convencionales, pues tratándose, como ya se ha razonado, de una mera sucesión de contratas y no de una sucesión de empresa, no siendo aplicable el art. 44 del ET, no cabría imputar responsabilidad alguna a la entrante por las deudas salariales de la antigua empresa con sus trabajadores, y así lo reconoce el convenio colectivo cuando establece que la relación laboral anterior al momento de la subrogación es de la exclusiva responsabilidad de la cesante» (STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2009, IL J 66).

4. CESIÓN ILEGAL

A) Diferencias con la contrata

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores por una empresa con el objetivo de cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad únicamente abierta para empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Cuando el lugar de la empresa que somete a sus trabajadores a tráfico prohibido es ocupado por una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la delimitación del supuesto legal se hace más compleja, resultando decisivo a efectos de delimitación determinar si la empresa auxiliar pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata. A partir de esta doctrina, la STSJ de Madrid de 6 de septiembre de 2012, IL J 63, no aprecia la existencia de cesión ilegal en un supuesto de contratación en que la Biblioteca Nacional realiza un contrato de objeto escasamente definido, como la «gestión de programas y proyectos de la Biblioteca Nacional» para cuya ejecución se contrata, como auxiliar de administrativo, a una traba-

jadora que se integra de manera casi absoluta en la dinámica de la empresa. El tribunal sostiene que la trabajadora estuvo siempre sometida al control de la empresa contratista y que su integración en la dinámica empresarial de la Biblioteca, la realización de la prestación de servicios exclusivamente en las dependencias de ésta, el uso como el resto del personal de dicho organismo de los medios e instrumentos de trabajo que el personal de éste ponía a su disposición, la transmisión de órdenes y la concesión de permisos y vacaciones anuales directamente por los coordinadores de la Biblioteca, resultan exigencias de una adecuada ejecución del objeto de la contrata, sin comprometer la posición de la empresa auxiliar. Así al menos queda patente en la sentencia comentada:

«Para la ejecución de la contrata con la Biblioteca INDRA cuenta con un coordinador para los distintos servicios, (DOC. 2 y 6 y 7 de la recurrente)

La demandante dispone de una tarjeta de acceso identificativa (DOC.2)

El material como ordenadores, teléfono, mesas y demás era facilitado por la Biblioteca.

Los permisos, son comunicados Indra. Documental aportada».

Como recuerda la STS de 15 de abril de 2010 «integra el objeto mismo del supuesto de hecho de la subcontratación regulado en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Es sabido también que, en estos supuestos de subcontratación de obras y servicios, el trabajador de una empresa contratista, además de entablar contacto con los empleados de la empresa comitente, puede o ha de conocer la “dinámica empresarial” de ésta, introduciéndose a veces “en toda la gama de comunicaciones que existen” dentro de la misma. Por otra parte, la subcontratación lícita de obras o servicios regulada en el art. 42 ET no ha de supeditarse, como parece entender la sentencia recurrida, a un “objeto residual” o “accesorio”, sino que puede afectar a tareas productivas o administrativas más próximas al núcleo de la actividad empresarial».

A lo anterior cabe añadir que la empresa contratista INDRA tiene actividad y entidad propias como exige el art. 43.2 del ET. El horario de la demandante coincidía con el del resto del personal de la Biblioteca. En definitiva, a la vista de lo anterior solo existe una integración en la dinámica empresarial de la Biblioteca y una inserción en su sistema interno, imprescindible para el desarrollo de la contrata que afecta a tareas próximas al núcleo de la actividad empresarial.

Por otro lado, es obvio que la labor de la actora y se desarrolla día a día en las dependencias de la Biblioteca Nacional, las órdenes e instrucciones sean impartidas por el personal de dicho organismo, en tanto son ellos los que saben y conocen cuales son las labores y tareas a realizar en cada momento y especialmente en aquellas más cualificadas, pero todo ello no implica que por tal causa asuma la condición de empleadora de los trabajadores externos, en tanto ello no supone ejercicio del poder de dirección, organización y disciplinario, pues solo se refieren aquellas directrices al aspecto técnico de la prestación de servicios.

Así mismo, debe destacarse que la exigencia de infraestructura productiva se suaviza afirmando que no es obstáculo para la existencia de una contrata de servicios «el suministro por la empresa contratante de materiales y herramientas», como tampoco la «subordinación a las órdenes de la empresa principal en el aspecto técnico» —Sentencia

TSJ Madrid 21-12-98—, y en especial, como es el caso, en que los materiales utilizados para el desarrollo de las tareas de la actora —tejelado, signatura, colocación en cajas— «son fabricados por el propio Organismo sin posibilidad de adquisición en el mercado». Si a todo cuanto antecede añadimos que esta Sección de Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en supuesto muy similar al ahora planteado, habiendo considerado que no existe cesión ilegal, llegamos a la conclusión de que el recurso examinado debe ser estimado, revocando la sentencia de instancia, y con desestimación de la demanda absolver a las demandadas de los pedimentos contra ellas deducidos, todo ello sin expreso pronunciamiento en costas —art. 233 LPL— (**STSJ de Madrid de 6 de septiembre de 2012, IL J 63**).

El mismo tribunal, y con similares argumentos, tampoco considera que exista cesión ilegal en un supuesto de contratación, como auxiliar de grabación, de una trabajadora para ejecutar el contenido de un contrato de servicios para el apoyo técnico en la gestión del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas. En esta ocasión, se consideró acreditado que la trabajadora desde el inicio de su relación laboral desempeñó funciones de clasificación, grabación de datos, consultas, archivo de expedientes y en general tareas rutinarias de simple gestión de datos, con medios materiales, ordenadores y programas facilitados por el Ministerio, y que por razones de seguridad, estos servicios sólo se pueden prestar en sus instalaciones y con sus equipos. Los trabajadores de la empresa contratista mostraban identificaciones como trabajadores de dicha empresa, fichaban a la entrada y salida, mediante un sistema distinto al de los trabajadores del Instituto, y tenían tarjetas de acceso distintas a las del personal funcionario y laboral al igual que la tarjeta de aparcamiento. Por último, queda acreditado que la empresa contratista tenía asignado un Inspector de Servicios, que inspeccionaba con visitas al centro el servicio desarrollado para el Instituto por los trabajadores de ésta, si bien, en el propio centro la empresa mantenía dos coordinadores que remitían al Inspector las incidencias del servicio. Es por ello que el tribunal afirma:

«Partiendo de los anteriores datos que constan en el relato de hechos probados la Sala entiende, compartiendo en este sentido el criterio de la juez de instancia, que la actuación empresarial en el marco de la contrata la ha llevado a cabo la empresa codemandada y no la Administración. No existen datos que nos permitan concluir, como se pretende, con una dejación de las funciones empresariales o de la posición contractual del empresario o de que la codemandada actuara por delegación del principal. Frente a lo anterior no es obstáculo el hecho de que la supervisión del quehacer diario o de las instrucciones técnicas de realización se recibiera de personal funcionario pues, en definitiva, los datos que al efecto se estaban gestionando y tramitando eran todos ellos de naturaleza administrativa utilizándose ordenadores del Ministerio todo lo cual es perfectamente lógico por la propia naturaleza de la información gestionada y pro evidentes razones de seguridad. Estas circunstancias, desde nuestro punto de vista, no son sino el normal funcionamiento de la contrata en las que el trabajador de la empresa contratista además de entablar contacto con los trabajadores de la comitente puede y en muchas ocasiones debe conocer la dinámica empresarial de ésta introduciéndose a veces en el entramado de comunicaciones que existen dentro de la misma, pudiendo afectar además a tareas productivas o administrativas más próximas al núcleo de la actividad empresarial» (**STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2013, IL J 68**)

Idéntico fallo se produce en un supuesto de subcontratación de obras por una UTE, en la que se considera acreditado que los responsables de la propia UTE informaban sobre el trabajo que debía realizarse a los encargados de cada tramo de obra encomendados a la contratista, correspondiendo a estos distribuir y ordenar el trabajo e impartir las instrucciones precisas a los trabajadores a su cargo. Por su parte, los responsables de la contratista entregaban a sus trabajadores los equipos de protección y las herramientas ligeras, pero el resto de los materiales, maquinaria y herramientas eran propiedad de la UTE:

«1. El 25/02/2008, UTE LÍNEA 2, que tenía contratada la ejecución de las obras de la construcción de la infraestructura de prolongación de la línea 2 del metro de Madrid a Las Rosas a realizar para Madrid Infraestructuras del Transporte (Mintra) contrata con Personal de Obra Inmediato SL (en adelante, PEROBI SL) que esta le realice diversos trabajos en las referidas obras, según las unidades de obra relacionadas en el contrato, referente a limpieza manual de emplazamiento de obras, colocación de cerramiento y vallas de seguridad, demolición en hormigón en masa o armado con compresor, excavación en zanja a mano, rellano y compactado en zanja, puesta en obra de hormigón en aceras y calzadas, báculo de cualquier tipo realizado a mano, levante de bordillo incluso demolición de cimiento y refuerzo, refino y compactación de aceras, calzadas y losas realizado a mano, limpieza manual de pantallas de hormigón, perforación de pantalla para alojamiento de anclaje, roza perimetral en pantallas de hormigón armado y demolición de hormigón de descabezado de pilotes y pantallas. Las facturas desde el 2/2008 a 5/2009 (una mensual) responden a tales conceptos.

2. PEROBI SL no ha aportado ningún material, maquinaria, salvo herramientas ligeras de trabajo, o equipo de trabajo a la obra, limitándose a suministrar mano de obra.

3. Los trabajadores de PEROBI SL en la obra no tenían encargado de su empresa —aunque existía un responsable en cada uno de los nueve tramos de obra—, sino que obedecían las órdenes del encargado o del capataz de la empresa principal. Como persona responsable de dirección de los trabajos, en el Libro de subcontratación, se señalaba a Martin, jefe administrativo fijo de la empresa.

Los anteriores hechos no ponen de manifiesto que exista confusión de actividades, ni de personal ni de plantilla, ni que los trabajadores de PEROBI SL se hayan extravesado de sus funciones en relación con la actividad propia de la subcontrata, ni que el control de la jornada, la potestad disciplinaria, la responsabilidad sobre la gestión del personal, la ordenación y control de descansos y vacaciones, la comprobación de ausencias y control de asistencia y demás aspectos decisivos hayan sido abandonados por la empresa subcontratada.

No existen hechos que permitan determinar que existe una dejación de funciones empresariales por parte de PEROBI SL o que actuase por delegación de UTE LÍNEA 2 siendo posible y legal la interrelación entre el personal de las codemandadas, intercambio de información y recepción de instrucciones, porque todo ello es lo normal en el funcionamiento de muchas contratistas y subcontratistas en las que los trabajadores de la empresa contratista además de entablar contacto con los trabajadores de la comitente deben conocer la dinámica empresarial de ésta introduciéndose a veces en el entramado de comunicaciones que existen dentro de la misma, pudiendo afectar además a tareas productivas o administrativas más próximas al núcleo de la actividad empresarial.

Los trabajadores de PEROBÍ SL venían ejecutando aquellas actividades que les demandaba el encargado de la UTE LÍNEA 2 o el encargado de la obra de Acciona Infraestructuras en la estación 3. Los encargados se limitaban a informar sobre el trabajo que debía realizarse a los empleados de PEROBÍ SL responsables de nueve tajos o tramos de obra, no constando que existiese un encargado en la obra de PEROBÍ SL, y estos distribuían y ordenaban el trabajo e impartían las instrucciones precisas a los trabajadores a su cargo y esta empresa entregaba a sus trabajadores los equipos de protección y las herramientas de trabajo, al menos las ligeras.

El hecho de que en UTE LÍNEA 2 abone salarios superiores a los que efectúa PEROBÍ SL a sus empleados no es indicio de una cesión, porque no se dice que estos fuesen inferiores a los establecidos en el Convenio Colectivo aplicable ni que las empresas se rijan por norma convencional distinta. Del acta de la inspección no se deduce que tipo de material o maquinaria los trabajadores utilizaban en el trabajo para valorar la importancia de la misma en su realización.

La empresa PEROBÍ SL se ha limitado a suministrar mano de obra, con lo que cumplía las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, seguridad y salud en el trabajo, y herramientas ligeras; sus trabajadores no tenían encargado de la empresa aunque existían un empleado responsable en cada tramo de obra y obedecían las instrucciones del encargado o capataz de las empresas mencionadas anteriormente. Los trabajos de maquinaria y albañilería realizados por los trabajadores se llevaban a cabo conjuntamente con trabajadores de otra empresa sin diferenciación de obra ni resultado (como los de Andaluza de Proyectos SL o los propios trabajadores de la principal o sus dos empresas). De lo expuesto no puede deducirse que la empresa subcontratada no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario y que estemos ante una mera puesta a disposición de los trabajadores en la obra, por lo que el motivo y el recurso se desestiman» (STSJ de Madrid de 7 de noviembre, IL J 209).

B) Momento procesal oportuno para ejercitar la acción electiva de fijeza

El Tribunal Supremo resuelve, en unificación de doctrina, sobre la posibilidad de que los trabajadores sometidos a cesión ilegal ejerciten la acción reclamando la naturaleza indefinida de la relación laboral en una de las empresas que intervienen en el tráfico ilegal, cuando la relación de trabajo ha sido ya extinguida. Según reiterada doctrina, los presupuestos de hecho que darían lugar a la estimación de la demanda deben concurrir a la fecha de su presentación ante el juzgado de lo social, por aplicación de los arts. 410, 411 y 413.1 LEC. Extinguida la relación laboral, los trabajadores carecen también de acción para solicitar la declaración de cesión ilegal por su participación en una contrata de obras o servicios igualmente concluida.

«La cuestión que se plantea es la de determinar en que fecha deben subsistir los servicios para la supuesta empresa cesionaria respecto de la incoación de actuaciones encaminadas a la declaración en la vía judicial de cesión ilegal, cuestión que ha sido resuelta por la doctrina casacional a propósito de la disyuntiva entre el momento de presentación de la papeleta de conciliación y el de la demanda, a favor de éste último, siendo exponente de dicho criterio, entre otras, la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo de 7

de mayo de 2010 (rcud. 3347/2009), cuyo fundamento de Derecho cuarto se reproduce a continuación: CUARTO.—En esa confrontación de criterios que se desprende de las sentencias analizadas debe decirse que ambas sentencias comparten el punto de partida, que es la conocida doctrina de esta Sala en la que se afirma que “el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente ‘mientras subsista la cesión’; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1.986). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal”. STS de 8 de julio de 2003 —rcud. 2885/02—, y otras posteriores, como las de 12 de febrero de 2008 —rcud. 61/07— o 14 de septiembre de 2.009 —rcud. 4232/08— entre otras».

En el presente caso, aplicando esa doctrina hemos de dar un paso más y matizar la anterior doctrina para afirmar 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 del Estatuto de los Trabajadores no es el momento del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, pues en ese momento, tal y como disponen los artículos 410, 411 y 413.1 LEC, cuando se producen los efectos de la litispendencia.

Tal y como tiene establecido la Jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo (STS 1.ª 2 de diciembre de 2009, rec. 2117/2005) debe tenerse en cuenta el principio *perpetuatio iurisdictionis*, artículo 411 LEC, los presupuestos de actuación de los tribunales deben determinarse en el momento de presentación de la demanda siendo ineficaces las modificaciones que se produzcan con posterioridad tanto respecto de los hechos como de la norma jurídica. Del mismo modo, los efectos de la litispendencia, a los que ha de anudarse la perpetuación de la jurisdicción, se producen, con arreglo al artículo 410 LEC desde la interposición de la demanda si luego es admitida —SSTS de 8 de junio de 2006, 20 de abril de 2007, 30 de mayo de 2007, 21 de mayo de 2008—.

Entonces, si es el momento en que procesalmente se ejercita de forma hábil la pretensión a través de la demanda en el que se produce la litispendencia —art. 411 LEC— de ello se desprende que no se ha producido la pérdida sobrevenida de objeto a que se refiere el artículo 22 de la misma norma cuando hay alteraciones posteriores, como ocurrió en el caso presente, puesto que, según se dice en el número 1 de aquél precepto, no cabe «que se tengan en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas». Lo que equivale a que, fijados los términos de la litis en el momento de la demanda, ha de analizarse si en ese momento concurren los elementos de hecho que conducirían a la declaración de la existencia de tal cesión ilegal, de la que habrá de desprenderse también la pretensión de fijeza que se postula por los demandantes, en este caso a ser fijos en la empresa cesionaria, como consecuencia de esa situación de cesión ilegal, cuya realidad corresponde analizar desde el momento en que se pide, teniendo en cuenta también que el artículo 43.2 ET dice que se entiende que concurre esa cesión ilegal cuando se produzca alguna de las circunstancias previstas en el precepto, de lo que no cabe desprender que esa situación descrita en presente de

indicativo, que ha de referirse al momento en que se ejercita la acción, haya de tener una proyección de futuro suficiente como para alcanzar el acto de juicio oral o el momento en que se dicta la sentencia.

A la vista de lo razonado en la sentencia de esta Sala en cuestión litigiosa coincidente con la que ahora se presenta, procede, por razones de homogeneidad y seguridad jurídica aplicar idéntica doctrina al no existir nuevas razones que justifiquen una modificación de criterio y así, presentada la demanda el 11 de junio de 2010, cuando el 30 de abril del mismo año se había extinguido la contrata Telefónica de España S.A con Atos Origin SAU permaneciendo la actora como trabajadora de esta última, y sin que fuera contratada por la nueva adjudicataria, deberá entenderse que la sentencia recurrida aplicó la mejor doctrina» **(STS de 29 de octubre de 2012, u.d., IL J 43).**

En el mismo sentido, la SAN de 15 de noviembre de 2012, IL J 14, declara la falta de acción de los demandantes, tras comprobar que sus contratos de trabajo han sido extinguidos antes de la presentación de la demanda, circunstancia ésta que les impide ejercitar la opción para convertirse en trabajadores de la empresa cesionaria, en un supuesto de conflicto colectivo que afecta a los 48 trabajadores de una empresa de transporte que prestaban servicios para la empresa principal Carbueros Metálicos.

«Constando acreditado que todos los contratos de trabajo de los empleados de Zozaya Gas afectados por el presente conflicto fueron extinguidos en virtud de despido colectivo (hecho probado decimosexto), es evidente que dichas relaciones laborales no están vivas en el momento actual, que es cuando, previo reconocimiento, en su caso, del derecho de los trabajadores a optar por convertirse en empleados fijos de la cesionaria, podrían ejercitar dicha opción. Por ello, debemos apreciar de oficio la excepción procesal de falta de acción, y, consecuentemente, desestimar la demanda, sin perjuicio de que los afectados puedan alegar en sus reclamaciones individuales por despido la existencia de cesión ilegal a los efectos oportunos, tal como reconoce el Tribunal Supremo en la citada STS 8-7-03» **(SAN de 15 de noviembre de 2012, IL J 14).**

También siguiendo similares argumentaciones, la STSJ de Castilla y León de 10 de enero de 2013, IL J 314 considera la inexistencia de acción en otro supuesto de cesión ilegal en el que concurren similares circunstancias:

«Pues bien partiendo de la citada doctrina y aplicándola al presente supuesto la relación laboral del demandante con la empresa CESEFOR se extinguió el 26 de marzo de 2010, mucho antes de la interposición de la demanda no perviviendo por lo tanto la relación laboral al momento de la interposición de la demanda no procede declarar la existencia de cesión ilegal por falta de acción y por ello no se podrá tener en cuenta el tiempo que el actor presto sus servicios para al empresas CESEFOR a efectos de la determinación de antigüedad y de la indemnización a percibir como consecuencia de haber sido declarado el despido improcedente. Si en cambio se podrá y deberá tener en cuenta el periodo trabajado para la empresa SOMACYL esto es desde el 13 de abril de 2010. Por todo lo cual este motivo del recurso debe de ser estimado en los términos expuestos» **(STSJ de Castilla y León de 10 de enero de 2013, IL J 215).**

C) Ejecución de la sentencia de cesión ilegal: debe realizarse aunque en el momento de su petición se haya extinguido la relación laboral

Por el contrario, el hecho de que la extinción de la relación de trabajo se haya producido no resulta un obstáculo insalvable para proceder a solicitar la ejecución de la sentencia de cesión ilegal. Así se desprende de la STS de 11 de diciembre de 2012, u.d., IL J 314, en la que se resuelve un recurso. El íter procedimental del supuesto estudiado se inicia con una sentencia del Juzgado de lo Social que declara el derecho de dos trabajadores a integrarse como fijos en la plantilla de la empresa principal, sentencia que posteriormente fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia. A pesar de ello, la sentencia no pudo ser ejecutada, ante la oposición de la empresa que fue estimada por el Tribunal Superior de Justicia, por entender que el derecho declarado en la sentencia del juzgado de lo social no despliega efectos una vez finalizada la relación laboral. Contra la sentencia desestimatoria de las pretensiones de los trabajadores, se interpone recurso de casación para la unificación de la doctrina, en la que se invoca la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la denominada «inejecutividad indirecta» de las resoluciones judiciales, para argumentar que la sentencia que declara la cesión ilegal de los trabajadores y su derecho a integrarse en la plantilla de la principal se produce con posterioridad a la finalización de su relación de trabajo, por lo que cuando los trabajadores quedan habilitados para instar la ejecución de la sentencia su contrato de trabajo con la empresa auxiliar ya ha quedado extinguido; por consiguiente, se les estaría reconociendo un derecho de naturaleza virtual, la integración en la plantilla de la principal, pues se les niega toda posibilidad material de disfrutar de su contenido, ya que se les reconoce tardíamente, esto es en un momento procesalmente inhábil para proceder a su ejecución. La sentencia plantea la necesidad de asegurar el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, mediante el refuerzo del principio de inmodificabilidad de lo juzgado, de forma que las situaciones jurídicas declaradas en las sentencias que adquieren firmeza resulten intangibles, salvo en los supuestos, de interpretación restrictiva, previstos expresamente en la Ley. En el caso objeto de estudio, no habiéndose modificado los términos que fundamentaron la sentencia cuya ejecución se discute, ni existiendo circunstancias que impidan material o jurídicamente que se proceda, evitando con ello que se vacíe de contenido el derecho a la tutela judicial efectiva. En palabras del Tribunal Supremo:

«TERCERO.—1. En otro aspecto, y en cuanto a la ejecución de sentencias firmes se refiere es reiterada jurisprudencia constitucional, como recuerda, entre las más recientes, la STC 22/2009, de 26 de enero que el derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que garantía del cumplimiento de los mandatos que estas resoluciones judiciales contienen, lo que determina que este derecho tenga como presupuesto lógico y aun constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas. El derecho a que la ejecución de los juzgado se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce, así, en un derecho que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la Ley (por todas, STC 86/2006, de 27 de marzo, F. 2), añade que este Tribunal ha declarado que, desde la perspectiva del art. 24.1

CE, no puede aceptarse que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido, resultando sólo posible cuando concurren elementos que impida física o jurídicamente su ejecución o que la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas (por todas, STC 285/2006, de 9 de octubre, F.6), recordando que el legislador ha previsto mecanismos para atender a los supuestos de imposibilidad legal o material de cumplimiento de las Sentencias en sus propios términos, como el del art. 105.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA; STC 73/2000, de 14 de marzo, F. 9)».

«CUARTO.—1. La aplicación de la anterior doctrina y de los estrictos criterios no restrictivos en la interpretación del supuesto enjuiciado para no dejar vacío de contenido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en su manifestación del derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes, con posible fundamento en una colisión con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), posibilita entender que no concurren en el mismo elementos que hagan imposible física o jurídicamente la ejecución o la dificulten esto es, que sin haberse alterado los términos en los cuales la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos en un momento posterior al pronunciamiento judicial emitido por la vía de discutir de nuevo, en trámite de ejecución, lo que ya fue en su día definitivamente resuelto por el órgano judicial.

2. Existe ciertamente una sentencia firme que comporta la declaración de extinción de la relación laboral con carácter previo a que adquiriera firmeza la sentencia cuya ejecución ahora se pretende, pero la referida extinción contractual, derivada de una decisión unilateral del empresario calificable de despido no se fundamenta en hechos ajenos (como pudieran ser los ejemplificados en la sentencia ahora impugnada, de muerte del trabajador, dimisión de éste, despido disciplinario o por causas objetivas) a los debatidos en el proceso en el que por cesión ilegal se le confería al trabajador demandante la posibilidad de integrarse en la plantilla de la entidad cedente o de la cesionaria, y, además resulta que es el empresario formal el que efectúa el despido y no el empresario real, intentando aquél basarlo en el cumplimiento de la obra objeto de contratación, en la que conforme a la segunda sentencia se produjeron las ilegalidades en la conducta de ambos empresarios. El aceptar la inejecución dejaría sin contenido la segunda sentencia y posibilitaría supuestos de fraude procesal» (STS de 11 de diciembre de 2012, u.d., IL J 314).

5. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión

El objetivo central que persigue la normativa laboral que regula las transmisiones empresariales es garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por un cambio de titularidad en la actividad productiva. Se produce la transmisión cuando afecta a una entidad económica que mantiene su identidad, «entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria» (art. 44.2 ET). La interpretación de dicho precepto continúa siendo polémica, a pesar de

las modificaciones normativas en la materia y los esfuerzos clarificadores realizados por los Tribunales.

El TSJ de Madrid aborda un supuesto de transmisión de una floristería en el que, con carácter previo a la transmisión, se produce el despido de un trabajador, alegando causas económicas. La sentencia de instancia desestimó la demanda por despido, circunstancia que determina el planteamiento del recurso ante el tribunal superior. La sentencia de suplicación, tras declarar de improcedencia del despido, estima la existencia de transmisión de empresa, tras comprobar la existencia de transmisión de elementos patrimoniales, y condena solidariamente a ambas empresas.

«En el recurso se denuncia la infracción del artículo 44 del ET y la jurisprudencia existente en materia de sucesión de empresas, sosteniéndose, en esencia, que la actividad entre Tendencias Naturales y Mil Flores, es la misma, que la sucesora, Tendencias Naturales, realiza la actividad en el mismo local que la cedente, que se ha traspasado el elemento patrimonial esencial en la tienda dada su actividad de venta de flores y la máquina frigorífica donde guardar la mercancía, que sigue conservando el mismo nombre comercial, que aparece en la página web de la empresa cedente como sucesora de la actividad y que incluso la entidad Mil Flores, figura en el contrato de arrendamiento suscrito por la codemandada Tendencias Naturales, en los términos que hemos accedido a incorporar al relato como consecuencia de la estimación de la revisión fáctica propuesta para el quinto hecho declarado probado» (STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2013, IL J 86).

Por su parte, la STSJ de Castilla La Mancha de 29 de noviembre de 2012, IL J. 286, desestima la reclamación de dos trabajadores que prestaban servicio como veedores para el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Valdepeñas. Dicho consejo desaparece y es sustituido en sus funciones por una entidad de derecho privado, en aplicación de la normativa estatal reguladora de la materia. Los trabajadores sostienen que no es posible aplicar las previsiones contenidas en el art. 44 ET a este supuesto, por lo que solicitan su integración en la administración autonómica castellano manchega. La Sala, si bien se pregunta sobre los motivos que inducen a los actores a desestimar la aplicación del régimen normativo previsto en supuestos de sucesión de empresa, desestima la pretensión de estos por no existir base normativa que permita defender la integración de estos trabajadores en la administración pública autonómica.

«Con respecto a tal situación de eventual cesión de contrato deben realizarse dos precisiones. Primera, que la situación contemplada por el TS nada tiene que ver con la ahora decidida, en cuanto en esta se ha producido una auténtica sucesión en la actividad desempeñada por el CRDOV, aunque además tal fenómeno haya tenido lugar con la modificación del régimen jurídico de la entidad empleadora que ya se ha comentado. Segunda y aún más importante, si los dos trabajadores accionantes no estaban de acuerdo en su momento con la indicada transmisión, aunque en efecto se hubiera tratado de una cesión de contratos, lo cual se niega en esta resolución, entonces, siendo patente que la entidad cedente había desaparecido, deberían haber extraído las consecuencias oportunas en orden a la eventual extinción de la relación laboral, para instarla u oponerse a ella, y dentro de los plazos que

en su caso hubieran sido aplicables, y que como anunciamos en su momento, se habían computado desde febrero de 2008. Pero no existe base alguna para intentar la integración de la plantilla de una administración pública con la que nunca han tenido vinculación laboral. Otra cosa es la relación que tal administración, estatal o autonómica, haya tenido históricamente con el CRDOV, que en nada justifica la pretensión comentada» (STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de noviembre de 2012, IL J 286).

B) Inexistencia de sucesión de empresa por mera adquisición de inmueble en subasta judicial

El supuesto previsto en el art. 44 ET no se produce cuando se materializa la adquisición exclusiva de un inmueble en subasta judicial. La solitaria transmisión de este elemento patrimonial en dicha sede, sin que vaya acompañado del mobiliario preciso para la continuidad de una explotación hotelera, no permite considerar que ha sido transmitida una actividad económica. En tales casos, la entidad adjudicataria del inmueble no se ve obligada a subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores de la empresa propietaria del complejo hotelero. Varios pronunciamientos del TS se refieren a la posibilidad de que se materialice una subrogación empresarial entre la mercantil que venía explotando un hotel hacia la entidad financiera que mediante la ejecución de un título hipotecario se adjudica los inmuebles hasta entonces propiedad del establecimiento hotelero en el que los trabajadores demandantes prestaban su servicios.

«Desde ahora hemos de anticipar que la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que se invoca como contradictoria por lo que el recurso deberá ser estimado, tal y como propone el Ministerio Fiscal. El núcleo de la decisión que adoptamos ahora reside en que en este caso no se ha producido la realidad básica de que una actividad empresarial hay sido sustituida por otra en la medida en que es exigida por el art. 44 del ET para que pueda hablarse de sucesión de empresa con el efecto garantista de los intereses de los trabajadores que dicho precepto contempla. Dicha norma requiere, y así se dice en aquella sentencia de la Sala “... la concurrencia de un elemento básico cual es el que la titularidad de la empresa o el centro de trabajo pase de una persona a otra, entendiéndose por empresa o centro de trabajo una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente, o como con acertado criterio señala el apartado 2 del texto actualmente vigente, introducido a partir de la transposición efectuada de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, que la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio; —art. 1.b)—, pues solo a partir del cumplimiento de esa condición esencial puede empezarse a discutir sobre el alcance de aquella transmisión sobre los derechos de los trabajadores.

Del mismo modo, en el caso que resolvemos ahora lo que ha quedado totalmente acreditado es que el Banco Pastor demandado adquirió en subasta pública judicial las fincas sobre las que tenía constituida una hipoteca la empresa hostelera concursada, con lo que dicha entidad pasó a ser propietaria de los bienes inmobiliarios, pero no de los otros

bienes muebles y demás elementos necesarios para el desarrollo de aquella ocupación, todos ellos embargados y en su mayor parte adjudicados a un tercero, lo que realmente imposibilitaba a la mera transmisión inmobiliaria como elemento o factor de continuidad de la actividad productiva de la empresa”» (SSTS de 24, 25 y 26 de septiembre, 17 y 19 de diciembre y 6 de noviembre de 2013, u.d., IL J 26; J 27; J 29; J 30; J 153; J 157; J 159 y J 239).

JESÚS CRUZ VILLALÓN
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO
MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO
PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

IV. CONTRATACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES.
 3. CONTRATACIÓN TEMPORAL.
 - A) **Supuestos.**
 - a) Contrato por obra o servicio determinado.
 - b) 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 y jubilación parcial.**
-

En esta crónica ha de darse cuenta del RDL 5/2013, que afecta, entre otras, a las modalidades de jubilación parcial, y en conexión con ella, a los contratos a tiempo parcial y de relevo. En general, las modificaciones de la jubilación parcial se encaminan a dificultar su acceso para evitar un abandono temprano del mercado de trabajo, con una elevación paulatina de las edades de acceso a la misma y de los correspondientes períodos de cotización, aunque también se contienen otras medidas como la extensión de la jubilación parcial a los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativa. Asimismo se modifica el margen de reducción posible de la jornada de trabajo del jubilado parcial. Se permite un incremento del margen de reducción de jornada en la modalidad de jubilación parcial anticipada, hasta el setenta y cinco por cien, en los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida, al que curiosamente se le marca un mínimo temporal, es decir, debe mantenerse al menos durante una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad legal de jubilación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica destacan varias sentencias. En primer lugar, en relación con la interinidad por vacante se admite que la prestación de servicios en un puesto distinto al que servía de base a la contratación temporal y, la legalidad del cese por la amortización de la plaza que justifica la contratación inicial del interino, que no desempeñó (**STS de 27 de diciembre de 2012, IL J 152/2012**). En segundo lugar, un grupo de sentencias unifican doctrina y declaran que el trabajador jubilado parcial cuyo contrato de trabajo a tiempo parcial se extingue por despido colectivo tiene derecho a continuar en situación de jubilación parcial desde la fecha de tal extinción contractual o desde la de finalización de la percepción de la prestación por desempleo hasta que cumpla la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada.

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 falta de acreditación de la causa la **STSJ de Andalucía de 31 de mayo de 2012, IL J 104/2013**, señala que «es evidente que no se cumple este requisito con la alusión contenida en los contratos primero y tercero de “apoyo administrativo al proyecto itinerario integrado de inserción para colectivos desfavorecidos IV —el primer contrato— y V —el segundo contrato—, o “apoyo a los programas de obras y servicios 2007”, ya que tales referencias son abstractas e inconcretas y tal y como con acierto señala la sentencia de instancia, no permite a la trabajadora conocer cuál será el acontecimiento concreto del que se hace depender la terminación del contrato».

Por otro lado, la **STS de 26 de noviembre de 2012, IL J 1/2013**, respecto de la relación laboral especial de artistas viene a señalar que, aplicando lo previsto en el RD 1435/85, ha de entenderse que si se concertó un contrato para obra determinada “por el tiempo que la misma permaneciera en cartel”, se trata de una modalidad que comporta que:

«[...] el contrato continúe vigente sucesivas temporadas, mientras la obra permanezca en cartel. La sentencia de contraste yerra al interpretar la voluntad de las partes y afirmar que si las partes querían que el contrato siguiese vivo cuantas temporadas la obra se pudiese representar, debieron hacerlo constar en el contrato. Pero es el caso que las partes no concertaron un contrato “por una temporada”, como parece entender la sentencia referencial, sino un contrato por el tiempo que “la obra permanezca en cartel”, lo que supone que el contrato dura lo mismo que la obra que lo motiva, aunque la representación de la misma se suspenda temporalmente. La conclusión sentada no se ve confirmada, sino avalada por lo dispuesto en el Convenio Colectivo de Actores de

Teatro de Madrid (BOCM de 13-10-2008) vigente al momento de la firma del contrato y del despido que en su artículo 12, apartado 3.b) define el contrato por obra diciendo: “Contrato por obra.—Es aquel en que la fecha de finalización es incierta, toda vez que su duración estará determinada por el tiempo de permanencia en “cartel” de la obra a representar”. En el n.º 4 del citado precepto convencional se dice: “Contrato por temporada.—Se considera temporada cuando las actuaciones tengan lugar durante un período continuado mínimo de veintidós días naturales en la misma plaza”. Puede observarse que el Convenio distingue también entre el contrato de temporada que las partes no concertaron y el de obra que convinieron, lo que conlleva la pervivencia del contrato mientras la obra permanezca en cartel, sin que las suspensiones temporales por fin de la temporada teatral afecten a la duración del mismo».

En tercer lugar, la **STSJ de Navarra de 16 de octubre de 2012, IL J 214/2013**, aborda en particular la cuestión de si puede o no considerarse que la fabricación de un determinado modelo de coche es una obra o servicio determinado cuando la actividad de la empresa es precisamente la fabricación de coches. Y concluye que:

«En el caso que hoy resolvemos la contratación del actor, realizada bajo la modalidad temporal del contrato para obra o servicio determinado, tuvo como objeto el lanzamiento de los modelos que completaban la gama del modelo A05 durante el año 2010. Pues bien, partiendo de la circunstancia notoria de que la empresa Volkswagen se dedica a la fabricación de automóviles y que en su factoría Navarra concretamente fabrica el modelo Polo, debemos concluir, en consonancia con el criterio de instancia, que el objeto indicado constituye precisamente la actividad normal de la empresa, sin que la circunstancia de que la fabricación de los diferentes modelos del Polo básico pueda implicar introducir o ensamblar piezas distintas constituya una actividad con sustantividad y autonomía que justifique el acudimiento a esa modalidad temporal. Y así la entendió también la Inspección Provincial de Trabajo al imponer una sanción pecuniaria a la empresa considerando que la causa real de esas contrataciones para obra o servicio estaría en la acumulación de pedidos que determinaría el acudimiento a la contratación eventual, con los límites legales establecidos en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 3 del RD 2720/1998».

b) Contrato de interinidad

En punto a la interinidad por vacante, cabe destacar algún pronunciamiento notable por su proyección ulterior. Se trata de la **STS de 27 de diciembre de 2012, IL J 152/2012**, que unifica doctrina sobre si la prestación de servicios en un puesto distinto para el que el interino fue contratado determina la irregularidad de la contratación. El Alto Tribunal traslada de forma discutible al terreno de la interinidad por vacante la posibilidad plenamente admitida en el ámbito de la interinidad por sustitución del desempeño por el trabajador interino de otro puesto y funciones diferentes a las desempeñadas por el trabajador sustituido. Consecuentemente se declara la procedencia del cese por amortización de la plaza que justifica la contratación inicial del interino aunque no fuera desempeñada efectivamente.

B) Reglas generales

a) *Conversión en indefinidos*

Declara la **STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2012, IL J 77/2013**, que se convierte en indefinida por aplicación del art. 15.5 ET, la relación laboral concertada mediante dos contratos por obra teniendo en cuenta que:

«[...] el contrato suscrito el 21/12/2006 que fue prorrogado hasta el 20/12/2008 y el suscrito el 22/12/2008 con vigencia hasta el 21/12/2010, en que le comunican la no renovación del mismo, siendo evidente que en el momento del cese la demandante había prestado servicios desde el 21/12/2006 en virtud de dos contratos temporales con una duración superior a los veinticuatro meses, dentro del margen establecido por la norma. Tanto en un contrato temporal como en otro fue contratada para prestar servicios como Técnico Superior de Gestión y Servicios Comunes, encuadrada en el Grupo Profesional 3, Área Funcional 1, siendo el centro físico de la trabajadora en el Vivero Escuela Río Guadarrama sito en la localidad de Navalcarnero y lo que variaban eran las funciones que quedaban determinadas por el proyecto correspondiente pero ello no obsta a que ocupase un mismo puesto de trabajo porque nada consta de que no desempeñase funciones acordes a su categoría. Por tanto, la actora no debió ser cesada por la finalización de un contrato por obra ya inoperante por imperio de la ley, y la decisión adoptada constituye un despido improcedente, con los efectos inherentes a tal declaración, si bien la antigüedad a efectos de cálculo de la indemnización debe ser desde el 21/12/2006 por existir una interrupción con la finalización del anterior contrato temporal de casi tres meses tiempo que se considera suficiente para romper la unidad del vínculo. Lo expuesto lleva a estimar el motivo».

b) *Tratamiento de la extinción contractual*

La **STSJ de Madrid de 28 de junio de 2012, IL J 115/2013**, resuelve un supuesto de extinción del contrato de obra vinculado a la reducción de la contrata que lo justificaba. En el supuesto se da la particularidad de que el convenio colectivo establecía los criterios para que ello fuera posible (en concreto, «podrá extinguirse el contrato de obra o servicio determinado en aquellos supuestos en que por disminución real del volumen de la obra o servicio contratado resulte innecesario el número de trabajadores contratados para la ejecución, en cuyo caso se podrá reducir el número de trabajadores contratados para la ejecución de la obra o servicio, proporcional a la disminución de la obra o servicio», añadiendo que la disminución responderá a criterios reales y que a efectos de la determinación de los trabajadores afectados se tendrán en cuenta la antigüedad en la empresa y en caso de igualdad de este factor la experiencia en la campaña o servicio y que «dicha disminución deberá acreditarse fehacientemente a la representación legal de los trabajadores previamente a la extinción de los contratos, para que los mismos puedan expresar su opinión», lo cual habrá de efectuarse en los términos que el propio precepto establece acto seguido...). Criterios que no se acreditan, por lo que se declara la extinción del contrato como despido improcedente.

También en relación con un supuesto de contrato de obra adscrito a contrata, resuelve la **STS de 18 de diciembre de 2012, IL J 132/2013**, que la supresión del servicio de

escolta sujeto a la contrata pactada con el Ministerio de Interior y que justifica la contratación temporal del trabajador implica la extinción ajustada a derecho del mismo en el supuesto de que el Ministerio decida la reducción de la contrata.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL

A) Contrato a tiempo parcial

De entrada, la **SAN de 12 de diciembre de 2012, IL J 18/2013**, examina la impugnación del III convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente de empresas de servicios. Se denunciaba el tratamiento diferenciado de los trabajadores a tiempo parcial en relación con el reconocimiento del plus de vestuario y reconocimiento de días por asuntos propios. Respecto al plus de vestuario, el Tribunal estima que la razón a la que obedece exclusivamente este plus es la de compensar los gastos que realiza el trabajador por limpieza y conservación del vestuario, calzado y demás prendas de vestir que componen su ropa de trabajo, estando vinculado el deterioro de la ropa al tiempo en que se utiliza, por lo que la distinción entre trabajadores que presten servicios cuatro o más días a la semana y aquéllos que trabajen menos de esos días no implica ningún tipo de discriminación. También reconoce la legalidad del precepto convencional que reconocía determinados días de asuntos propios a los que prestaban servicios cuatro o más días de los semanas, si bien se estima parcialmente la demanda de impugnación del convenio, al señalar que debe reconocerse el derecho proporcionalmente para los trabajadores que presten servicio a tiempo parcial un número de día inferior al 50% de días laborables.

B) Contratos fijos discontinuos

La **STSJ de Galicia de 6 de julio de 2012, IL J 113/2013**, 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 periodos 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. Se aplica también la doctrina unificada sobre el hecho de que no procede la condena al abono de los salarios desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia, sino sólo durante los periodos en los que al trabajador le hubiera correspondido prestar servicios en la campaña.

La **STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2012, IL J 108/2013**, es interesante pues examina la reclamación de despido de un trabajador fijo discontinuo, profesor de cursos de formación profesional ocupacional del Principado de Asturias. El trabajador estimaba que la falta de llamamiento tras proceder la Administración a adjudicar los cursos a proveedores de formación distintos a la Administración que los impartía era constitutiva de un despido. La sentencia rechaza esta pretensión y considera que no se trata propiamente de

una externalización de servicios públicos, sino que entra dentro de las facultades de auto organización de la Administración de subvencionar determinados cursos realizados por organizaciones sindicales, que no asumirían la condición de empleadoras del trabajador.

C) Contrato de relevo y jubilación parcial

Las sentencias más relevante en esta materia son las **SSTS de 22, 29 y 30 de enero de 2013, IL J 165/2013, 258/2013, 259/2013 y 165/2013**. En ellas se declara que el trabajador jubilado parcial cuyo contrato de trabajo a tiempo parcial se extingue por despido colectivo que afecta a la totalidad de los trabajadores de la empresa tiene derecho a continuar en situación de jubilación parcial desde la fecha de tal extinción contractual o desde la de finalización de la percepción de la prestación por desempleo hasta que cumpla la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada. La sentencia rechaza la argumentación del INSS de que la extinción de los contratos de trabajo tras un concurso quedaba equiparada a un despido procedente y, en cambio, considera asimilado a un despido improcedente, por una extinción que no responde a la voluntad del trabajador a los efectos de dar por extinguido la jubilación parcial.

En segundo lugar, la **STS de 5 de noviembre de 2012, IL J 47/2013**, reconoce el derecho al percibo de la pensión de jubilación parcial a un trabajador mayor de 65 años, estimando que no se pierde cuanto el trabajador cesó en la empresa en la que inició el cobro de la pensión de jubilación parcial y pasó a desarrollar un contrato de trabajo a tiempo parcial en empresa diferente, siendo el porcentaje de jornada en la segunda empresa igual que en la primera.

En fin, la **STSJ de Castilla y León de 17 de diciembre de 2012, IL J 183/2013**, estudia la denegación de una jubilación parcial en una Administración pública. La razón aducida era que el puesto de trabajo del solicitante de la jubilación parcial estaba destinado a extinguirse. El Tribunal consideró que sí se producía una situación discriminatoria en dicha denegación porque se acreditó que existía un trabajador comparable, en similar situación, y no se había acreditado la razón de la diferencia de trato.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO
LUIS ENRIQUE NORES TORRES
MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

V. DINÁMICA DE LA RELACION LABORAL

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. SALARIO.

A) Definición y composición de la estructura salarial.

- a) Empresa de Seguridad. Retribución de las horas extraordinarias. Valor no inferior al de la hora ordinaria.
- b) Reducción salarial del 5% del personal de una Fundación pública y Sociedad Mercantil Estatal que se autofinancia. Procedente.
- c) Reducción salarial de pagas adicionales. Personal laboral docente e investigador en entidades públicas. Procedente.
- d) Actualización salarios. Incrementos pactados para el año 2011.
- e) Reducción del 5% del módulo salarial. Prescripción de cantidades.
- f) Reducción salarial. Administración pública. Competencia Autonómica. Convenio Colectivo.
- g) IRPF. Medidas presupuestarias. Asturias. Tributos cedidos.
- h) Conflicto colectivo. Complemento de promoción horizontal. Absorción y compensación.
- i) Reclamación de cantidad. Horas de presencia y nocturnidad. Tiempo de trabajo efectivo.
- j) Personal docente. Complemento retributivo. Prescripción. Días a quo.

B) Fondo de Garantía Salarial.

- a) Indemnización por despido objetivo en empresa de menos de 25 trabajadores. Desestimación. Cuantía indemnizatoria pactada por las partes en cantidad superior a la que corresponde al despido objetivo improcedente.

2. JORNADA DE TRABAJO.

- A) **Descansos semanal coincidente con el inicio o fin de vacaciones o incapacidad temporal: proporcional al tiempo trabajado durante la semana.**
- B) **Jubilación parcial: Derecho del trabajador afectado por despido colectivo a continuar en la misma situación hasta el acceso a jubilación ordinaria o anticipada.**
- C) **Reducción de jornada y concreción horaria: procede aún cuando el horario propuesto por la trabajadora no contemple mismo módulo horario de reducción.**

- D) **Tiempo de trabajo efectivo:** Tiene esta consideración el curso de 35 horas necesario para obtener el CAP (Certificado de Aptitud Profesional) previsto en el Real Decreto 1032/2007.
 - E) **Vacaciones anuales retribuidas:** Procede fijación de un nuevo periodo de disfrute cuando antes, simultáneamente o después de iniciadas las vacaciones, el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal que le impide disfrutarlas.
3. PACTO DE NO COMPETENCIA.
- A) **Competencia desleal. Inexistencia, Prestación de servicios, durante el período de excedencia voluntaria, para otra entidad bancaria. Despido improcedente.**
4. MOVILIDAD GEOGRÁFICA.
- A) **Conflicto colectivo. Iberia LAE. Ordenes de desplazamiento.**
5. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO.
- A) **Modificación de las condiciones laborales. Nulidad. Desestimación. Aplicación de la Ley de Presupuestos generales del Estado.**
 - B) **Modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo. Licitud.**
 - C) **Modificación de las condiciones laborales. Nulidad. Desestimación.**
 - D) **Modificación de las condiciones laborales. Nulidad.**
 - E) **Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Nulidad.**
 - F) **Conflicto colectivo. Calendario laboral.**
 - G) **Cómputo de la jornada de trabajo. Sistema de fichaje. Existencia de condición más beneficiosa.**
 - H) **Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Reducción de jornada.**
-

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en el Repertorio Analítico de Jurisprudencia de los números 1, 2 y 3 de 2013 de la *Revista de Información Laboral* (enero-marzo 2013).

1. SALARIO

A) **Definición y composición de la estructura salarial**

- a) *Empresa de Seguridad. Retribución de las horas extraordinarias. Valor no inferior al de la hora ordinaria*

STS de 4 de octubre de 2012 (recurso de casación unificación de doctrina 4427/2011), IL J 32/2013; **STSJ Madrid de 19 de septiembre de 2012** (recurso 1273/2012), IL J 181/2013; **STSJ Madrid de 24 de septiembre de 2012** (recurso 6383/2011), IL J 84/2013.

1. El objeto del procedimiento viene generado por la determinación del valor mínimo de la hora extraordinaria a los efectos del artículo 35.1 del ET, donde se recoge que «*su cuantía... en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria*». 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 T.S. 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. Mantiene que en efecto una cosa es que se diga 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 T.S., 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. Hemos de referir otras sentencias al respecto y comentadas en números anteriores, como las 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). Han sido numerosas las reclamaciones por las diferencias en el abono de las horas extraordinarias realizadas, en los juzgados

de instancia tras el primer conflicto planteado que anuló la regulación del convenio sobre esta materia. Finalmente dictamina que debe abonarse la cuantía de la hora ordinaria más los complementos salariales, matizando que el valor de la misma debe incluir todos los complementos a los que el trabajador tuviera derecho, según las circunstancias especiales en las que las haya realizado. Así mismo la expresión legal del art. 35 del ET «en ningún caso» podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, lo cual conduce a establecer que es una norma de «*ius cogens*» «norma mínima». La sentencia aplica la doctrina que obliga a resolver el debate de duplicación con arreglo a la doctrina unificada y ya citada, al inicio de este punto.

b) *Reducción salarial del 5% del personal de una Fundación pública y Sociedad Mercantil Estatal que se autofinancia. Procedente*

SAN de 21 de diciembre de 2012 (conflicto colectivo 4/2011), IL J 21/2013; **SAN de 21 de diciembre de 2012** (conflicto colectivo n 282/2012), IL J 20/2013.

1. En ambos procedimientos los dos sindicatos mayoritarios pretenden que se declare la ilegalidad de la reducción salarial del 5% que ha efectuado la empresa en las retribuciones de sus trabajadores, y en consecuencia se declare la obligación de la empresa de proceder a la devolución de las cantidades no abonadas como resultado de la reducción indebidamente realizada, y ello sobre la base que la fundación y la Sociedad Mercantil (Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, S.A.) a la que pertenecen respectivamente los trabajadores, se autofinancia y en consecuencia la reducción salarial denunciada no servirá para paliar el déficit público, que es precisamente el objetivo del RDL 8/2010, de 20 de mayo, por lo que no procede aplicarlo a los trabajadores de la Fundación citada. Se opone el abogado del Estado argumentando que aunque la Fundación Escuela de O. I. se autofinancia, y en consecuencia no recibe aportaciones de los Presupuestos del Estado, forma parte del sector público, quien funciona en régimen de caja única, siendo irrelevante, por consiguiente, las fuentes de financiación de la misma.

2. Resuelve la Sala de la Audiencia partiendo del hecho pacífico, que la Fundación Escuela de Organización Industrial forma parte del sector público, y expresamente determina que la fundación, esta dentro del art. 22.1.h) de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, en relación con el art. 2.1.f de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y por ello procede aplicar, a su personal laboral la reducción retributiva, prevista en el art. 25.2.B de la Ley 26/2009, para el sector público estatal, y argumenta que por el hecho que la Fundación se autofinancie, el art. 25.2.B de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 deja perfectamente claro que la reducción de la masa salarial a partir de 1-06-2010, debe aplicarse a todos el personal laboral del sector público estatal, sin excepción, de ningún tipo, puesto que las excepciones que la norma quiso realizar para determinadas empresas, las recogió expresamente (RENFE, ADIF y AENA), por lo que a su juicio no cabe eximirla de las reducciones retributivas fijadas legalmente y ratificadas por el T. C.

Por último rechaza el criterio finalista de la autofinanciación, porque el Tesoro Público sobre la cobertura legal del art. 90 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, está compuesto por todos los recursos financieros, sean dinero, valores o cré-

ditos de la Administración General del Estado, y sus organismos autónomos, las agencias estatales y el resto de entidades del sector público administrativo estatal con exclusión de los sujetos contemplados en el art. 2.1.d) y h) y 2.3, tanto por operaciones presupuestarias como no presupuestarias, entre las que se encuentra la Fundación centro del conflicto, quien forma parte del sector público estatal, a tenor con lo dispuesto en el art. 2.1.f de la norma antes dicha.

3. Apoya la Audiencia su criterio en reiterada doctrina judicial, y cita STSJ Madrid 26-09-2011, rec. 4133/2011; TSJ Las Palmas de 21-11-2011, rec. 1581/2011 y TSJ País Vasco de 20-03-2012, rec. 832/2012, referidas todas ellas a Fundaciones públicas, si bien cuesta no compartir con los sindicatos demandante el citado criterio finalista, pues si la finalidad y espíritu de la Ley es la reducción del gasto público, a causa de una excepcional crisis económica, la justificación de la reducción salarial por el contenido legal de lo que se considera Tesoro Público, interpretación puramente teórica de la funcionalidad legal para la aplicabilidad de la norma, y que en mi opinión podría traspasar la frontera de la aplicación funcional y real de la causa de su origen, cual es corregir el déficit público.

c) *Reducción salarial de pagas adicionales. Personal laboral docente e investigador en entidades públicas. Procedente*

STS de 10 de diciembre de 2012 (recurso de casación unificación de doctrina 54/2012), IL J 145/2013.

1. Se centra el conflicto colectivo en la demanda que interpone la Federación Regional de Enseñanza de CC.OO., reclamando el reconocimiento del derecho del personal docente e investigador con vinculación laboral de las Universidades Públicas Madrileñas a la percepción del 100% de la paga adicional de junio de 2010, calculada sobre el salario base y la antigüedad de aplicación hasta el 31 de mayo de 2010, correspondiente a cada una de las figuras contractuales del Convenio, y a la percepción del 95% de la paga adicional de diciembre de 2010, calculada sobre el salario base y la antigüedad de aplicación hasta el 31 de mayo de 2010, subsidiariamente y por si decidiese computar anualmente y en términos globales las pagas adicionales de junio y diciembre, a la percepción del 97,5% de su importe calculado sobre el salario base y la antigüedad de aplicación hasta el 31 de mayo de 2010. En cumplimiento del Convenio Colectivo y en aras a la homogeneización, entre el personal laboral y los funcionarios, venían percibiendo estas dos pagas adicionales en junio y otra en diciembre, que se correspondía con el hecho de que al personal funcionario se le venía incorporando paulatinamente el complemento específico en sus remuneraciones extraordinarias, y para paliar la diferencia y homologar remuneraciones en su conjunto, se abonaba esa paga al personal laboral independientemente de las dos extraordinarias de junio y diciembre. El art. 25.2 del I Convenio Colectivo de Personal Docente e Investigador en régimen laboral de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid, en el que se dice que «*Las cantidades económicas previstas en la tabla anterior corresponden al año 2.002. Anualmente, experimentarán la misma variación que la de los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios*». Dentro del marco legal establecido por el Real Decreto-ley 8/2010 de 20 de mayo, por el que se optan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, y la Resolución de 25 de mayo de 2010, de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, por la que se dictan instrucciones en relación con las

nóminas de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en los términos de la Disposición Final Cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y se actualizan con efectos de 1 de junio de 2010 las cuantías de las retribuciones del personal a que se refieren los correspondientes artículos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio.

2. Desestima la Sala el recurso, y esgrime que la sentencia recurrida ha aplicado correctamente las normas citadas. Y ello sobre la base del referido artículo 25.2 del I Convenio Colectivo de Personal Docente e Investigador en régimen laboral de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid, en el que se dice que «*Las cantidades económicas previstas en la tabla anterior corresponden al año 2002. Anualmente, experimentarán la misma variación que la de los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios*». No cabe mantener que las pagas adicionales no sean de naturaleza salarial, aunque no tengan encaje en ninguno de los conceptos retributivos previstos en el Convenio Colectivo (ni sueldo base, ni complementos de puesto de trabajo ni trienios), pero dada su condición de complemento de homogeneización exigido por el art. 25 del Convenio, tiene que ponerse en relación con las retribuciones del personal funcionario equivalente y con la reducción que les ha sido aplicada por el RDL 8/2010. Las demandadas para realizar el cálculo de la reducción calculó el porcentaje medio de reducción retributiva anual que se iba a aplicar a los funcionarios, el 3,80%, calculado desde las retribuciones de 2.009 y proyectado sobre las de 2.010, para luego trasladarlo al personal laboral en el mismo tanto por ciento, para equilibrar las retribuciones de los dos tipos de personal, funcionarios y laborales. Determina la Sala que en consecuencia no existe infracción del Convenio Colectivo, y de los artículos 38 CE y 83 ET. Por último en respuesta a la petición de vulneración del artículo 14 CE y del art. 17 ET, razona haciendo suyas las manifestaciones del Ministerio Fiscal que las Universidades demandadas al efectuar el cálculo de esta manera respetaron plenamente el principio de igualdad en las retribuciones.

3. La doctrina contenida en la sentencia que en relación directa con la reducción del salario de los trabajadores al servicio de la Administración y cualquier Organismo Público, en esta ocasión dilucida como realizar la reducción del salario global y real de los trabajadores, sin entrar a discutir la naturaleza del mismos, puesto que se trata de dos pagas adicionales para homologar la diferencia retributiva entre los dos colectivos, funcionarios y laboral, la Sala confirma el criterio de proporcionalidad aplicado por la universidad, calculando la medida de reducción que se le realiza a los funcionarios, que es el colectivo frente al que inicialmente ha de homogeneizar las retribuciones.

d) *Actualización salarios. Incrementos pactados para el año 2011*

SAN de 10 de enero de 2013 (conflicto colectivo 135/2012), IL J 130/2013.

1. El objeto del pleito se centra en determinar si la empresa podía, tal como reconoció haber hecho, no consolidar en las nóminas de 2012 los atrasos retributivos correspondientes a 2011, ni aplicar el incremento del 1,5% establecido en el convenio de aplicación, alegando que había sufrido un fuerte descenso de ingresos publicitarios. El art. 28 del VI Convenio Colectivo del Grupo Unión Radio (2010-2012) establecía un incremento salarial para 2011, con efectos desde el 1 de enero, igual al IPC previsto en la Ley de Presu-

puestos Generales del Estado (que fue del 1%), con regularización conforme al IPC real a 31 de diciembre de 2011 (que fue del 2,4%). Según acuerdo alcanzado en el SIMA, se abonó ese incremento del 1,4% por la diferencia, si bien no se consolidó en las nóminas. Para 2012, el Convenio contemplaba un incremento del 1% más el 0,5%, que se debió abonar en las nóminas de 2012 previamente actualizadas con el incremento de 2011. Consecuentemente, se pide que se reconozca el derecho al incremento de 1,4% más el 1,5% para 2012. La comisión de garantía en enero de 2012, reclamó a la que la empresa que le abonara los atrasos salariales con carácter retroactivo al 1 de enero de 2011 y hasta el 31 de diciembre de 2011, la diferencia entre el IPC previsto y cobrado en dicho año, que fue del 1%, y el IPC real de 2011, que fue del 2,4%. Igualmente, reclamó el abono del incremento para 2012 conforme al IPC previsto (1%) más el 0,5% adicional pactado en Convenio, todo ello calculado sobre las retribuciones actualizadas después de efectuar el incremento del 1,4% para 2011.

Las empresas demandadas se opusieron a la demanda, admitiendo que el incremento del 1,4% no se consolidó en las nóminas para 2012 y que no se ha aplicado el incremento del 1,5% correspondiente a este año. Justificó estas medidas sobre la base de causas objetivas, concretamente en la fuerte disminución de ingresos publicitarios, que pasó de 225 millones de euros en 2010 a 165 millones de euros estimados para 2012; es decir un descenso del 26,67%.

2. Entiende la Audiencia, que es evidente, la obligación que tiene la empresa, sobre la norma convencional, por la cual ha de actualizar y en consecuencia abonar los incrementos reclamados, sin que pueda de forma unilateral alterar esta obligación, argumenta la Sala que otra respuesta jurídica, vulneraría fuerza vinculante reconocida constitucionalmente a esta fuente del Derecho del Trabajo tal y como se establece el art. 37.1 de la C.E., alude a diferentes sentencias si bien recoge entre otras la sentencia de la misma Sala de fecha 9 de diciembre de 1983, siguiendo este criterio, la de 5 de noviembre de 1982, otras de 24 de enero de 1992 y 29 de abril de 1993 que expone de forma clara que «reiterada jurisprudencia ha sentado que la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos implica la atribución a los mismos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática (sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 58/1985, de 30 de abril)».

Desestima asimismo las alegaciones relativas a la obligación de aplicar las normas en atención a las circunstancias de todo tipo del tiempo en el que se aplican, en este caso concreto valorando la crisis económica existente, alegando al parte demandante que la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo Nacional, estableció por unanimidad una interpretación que se corresponde con la que hace la sentencia recurrida, y así se ha venido respetando en los años precedentes, aparte de que tanto por el artículo 82-3 del Estatuto de los Trabajadores como por el 61 del Convenio Colectivo General, cabe la posibilidad de descuelgue pero que no puede ser general. Se recuerda también en la argumentación jurídica de la sentencia, que la Sala ha señalado en sus sentencias de 5 de abril de 2010 (RCO 119/09) y de 20 de septiembre de 2010 (RCO 190/09) dictadas en supuestos similares al de autos, que: «únicamente cabría aplicar la cláusula *«rebus sic stantibus»* si se dan las circunstancias a) alteración extraordinaria de las circunstancias, b) desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, cuyo

equilibrio se ve aniquilado, y c) sobrevenir circunstancias radicalmente imprevisibles, algo que no sucede en el presente caso porque la crisis había sido diagnosticada, y habría de aplicarse de forma restrictiva cuando se trate de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues de tal institución es impredecible de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex art. 37 CE . Señalando que cuando se trata de condiciones individuales de trabajo, debería seguirse el procedimiento del art. 41 E.T.

3. Interesante nuevamente la valoración jurídica sobre la cláusula «rebus sic stantibus», que si bien ya es reiterada, consolida la interpretación de las circunstancias concretas que han de darse para su aplicación, los Tribunales vedan la posibilidad menos de que una crisis cuando advertida, pueda ser la causa de la modificación de lo establecido en una norma convencional.

e) Reducción del 5% del módulo salarial. Prescripción de cantidades

STS de 29 de noviembre de 2012 (recurso de casación unificación de doctrina 51/2012), IL J 140/2013.

1. La demanda se interpone de manera conjunta por los sindicatos CCOO y UGT la Sala de Asturias, para que se declare la nulidad de pleno derecho de la orden empresarial de disminución retributiva al no ser aplicable el RD 8/2010 de medidas extraordinarias del déficit público, y subsidiariamente se declare que vulnera la ley el retrotraer el módulo salarial de referencia a las tablas salariales del Convenio del Textil correspondientes al año 2009, debiendo ser, en todo caso, a las tablas del año 2010. Se declare la nulidad de la decisión empresarial de sustituir la subida salarial correspondiente al año 2010 (3,5%) por la del 0.3%, declarando el derecho de los trabajadores a la conservación de sus salarios ya abonados, y en todo caso se solicita se declaren prescritas las cantidades a declaración de que la acción de retroacción de las citadas salariales está prescrita.

2. El recurso discurre por un único motivo, pues acepta como hecho no controvertido que la empresa pertenece al sector público de la demandada, y por ello se aplica a sus trabajadores de la reducción salarial establecida con carácter general por el RD-Ley 8/2010, por ello lo que se dilucida en el recurso realmente es su disconformidad con el módulo salarial señalado en la sentencia de instancia para, sobre él, aplicar la reducción del 5%. Y por ello solicita se le estime el recurso en el sentido que el módulo no sea el de los salarios que, tras las limitaciones llevadas a cabo por la Ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, la empresa estaba obligada a satisfacerles desde el 1 de enero de 2010 (nunca superior al 0,3% de la masa salarial respecto a la de 2009), sino lo que hubieran correspondido desde que pudo aplicar el RD-Ley de forma provisional a cuenta del IPC (un 1% que al final del año ascendió al 3%) o incluso los que se aprobaron en las Tablas Salariales del Convenio Colectivo General de la Industria Textil en el mes de septiembre de 2011 (BOE 19-9-2011).

La Sala desestima el recurso porque al margen de la prescripción pues, la limitación establecida en la referida Ley de Presupuestos ni aquel otro que, de forma claramente provisional y no consolidable, pudo haberseles satisfecho en contra de dicha previsión legal. Argumenta el T.S. que no hubo, «retroacción» del módulo salarial porque la limitación

del salario derivó, en virtud de la Ley de Presupuestos para 2010, con anterioridad a la referida disposición convencional y, por tanto, tampoco cabe declarar «la nulidad», porque está realizada sobre un mandato legal, matiza la sentencia que los convenios colectivos, y la negociación colectiva en general, están sometidos a la Ley, por aplicación del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) y por el sistema de fuentes que rige la relación laboral (art. 3.1 ET), y ello también respecto a las retribuciones de los empleados públicos, tanto funcionarios como el personal laboral, que, están sometidos por las Leyes de presupuestos generales de Estado, tal como se desprende de la doctrina constitucional (entre otros AATC 85/2011 y 13-10-2012) y de la jurisprudencia de esta Sala (por todas, SSTs4.ª 16-5-2012, R. 197/11, y las que en ella se citan). Ratifica la sentencia de la instancia inferior, que en referencia al módulo retributivo aplicable, y la institución de la prescripción, y recoge expresamente como la parte actora equivoca lo que es la prescripción de cantidades que se debían haber descontado o no abonado por mandato de una Ley, una vez transcurrido el plazo legal (artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores), y concluye si la empresa no aplicó después de un año la ley que estaba obligado a aplicar, no ha perdido el derecho a hacerlo, pues sigue siendo obligación legal. Lo que ha perdido, si se le opone la excepción de prescripción.

3. No es una cuestión baladí, la diferencia que acentúa la Sala, cuando distingue entre la aplicación de una ley que la empresa estaba y sigue estando obligada a cumplir, y que puede aplicarla desde ese mismo instante, y el plazo para ejercitar la acción de reclamar la diferencias de la reducción salarial, que está sometida al art. 59 del E.T. que estable un plazo legal de un año.

f) *Reducción salarial. Administración pública.
Competencia Autonómica. Convenio Colectivo*

STS de 12 de febrero de 2013 (recurso de casación 46/2012), IL J 272/2013; **STS de 15 de noviembre de 2013** (recurso de casación 251/2011), IL J 300/2013; **STS de 13 de noviembre de 2013** (recurso de casación 125/2011), IL J 298/2013; **STS de 14 de noviembre de 2012** (recurso de casación 266/2011), IL J 299/2013; **STS de 19 de noviembre de 2.012** (recurso de casación 264/2011), IL J 301/2013; **STS de 20 de noviembre de 2.012** (recurso de casación 173/2011), IL J 303/2013.

1. En todas las sentencias referidas las cuestiones centrales son declarar no ajustadas a derecho las deducciones en un 5% de sus haberes por *la Ley General de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010*, cuyo artículo 22-10 obliga a las Comunidades Autónomas a recoger en sus leyes de presupuestos los criterios establecidos en ese precepto, conforme a los artículos 149-1 y 156-1 de la Constitución, y que se practican bien por Administraciones Públicas o por empresas mercantiles pertenecientes al sector público. Afirmando los demandantes que la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas está regulada en los artículos 148 y siguientes de la Constitución, reservando para el Estado la competencia en materia de legislación laboral, artículo 149.1.9º (debió decir 149.1.7º) y reconocimiento a los diferentes Estatutos únicamente la ejecución en materia laboral. Añadiendo que con la modificación de los Presupuestos se está, no solo vulnerando el derecho a la negociación colectiva y atentando contra las normas constitucionales y ordinarias que establecen las garantías y eficacia de los convenios,

sino que además se está extralimitando en las competencias que constitucionalmente y estatutariamente le están atribuidas, infringiéndose el denominado por la doctrina «bloque de la constitucionalidad». Por último se invoca la preeminencia del convenio colectivo estatutario sobre las Leyes Autonómicas, y la primacía en la aplicación del Convenio Colectivo como resultado del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva, petición subsidiaria, apareciendo como petición principal en la misma la solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto a las leyes autonómicas.

2. Desestima la Sala los Conflictos Colectivos sobre varias sentencias anteriores dictadas por la misma, y a las cuales nos remitimos obligadamente en este punto concreto para esgrimir la fundamentación jurídica que se esgrime desde el TS, entre otras cita, dando respuesta con la doctrina unificada de la Sala, a sentencias de 19/12/11 (rcud. 64/11) y 20/4/11 (rcud 219/11), del siguiente tenor literal:

«TERCERO.—“La infracción del artículo 86 de la Constitución la fundamenta el recurso en que no existía la “extraordinaria y urgente necesidad” que posibilita el dictado de Reales Decretos Leyes, como el 8/2010. Pero, aparte que la urgencia de las medidas, debidas 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”.

“Las demás infracciones denunciadas en los submotivos del recurso examinados tampoco se pueden estimar, porque no se han producido, lo que hace inviable el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que propone el recurso. En este sentido, conviene destacar que ya el Tribunal Constitucional en Pleno en su Auto 85/2011, de 7 de junio, dictado en un supuesto similar al que nos ocupa, ha resuelto las cuestiones aquí planteadas inadmitiendo las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, tras estudiar y resolver que no se habían producido las infracciones constitucionales que en este proceso se reiteran, al entender que a veces debe resolverse el fondo del asunto, aunque se acuerde la inadmisión a trámite, porque “existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables, como la paralización de otros procesos en los que resulta aplicable la norma cuestionada (por todos, AATC 27/2010, de 25 de febrero, FJ 2, y 54/2010, de 19 de mayo, FJ 3)”.

“La inexistencia de infracción de los artículos 28-1, 37-1 y 86 de la Constitución la ha basado nuestro más cualificado intérprete constitucional en que el R.D.L. 8/2010 no regula el régimen general del derecho a la negociación colectiva, ni la fuerza vinculante de los convenios, aparte que como tiene declarado ese Tribunal es el Convenio Colectivo el que debe someterse a las leyes y normas de mayor rango jerárquico y no al revés, porque así lo impone el principio de jerarquía normativa, argumentos que el citado Auto de 7 de

junio de 2011 desarrolla diciendo: ‘El derecho a la negociación colectiva se reconoce en el art. 37.1 CE, precepto ubicado en la sección segunda, que lleva por rúbrica ‘De los derechos y deberes de los ciudadanos»; del capítulo II, intitulado ‘Derechos y libertades’, del título primero de la Constitución, que tiene por denominación ‘De los derechos y deberes fundamentales’. Dispone aquel precepto que ‘[L]a ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios». No obstante el doble mandato que el tenor del art. 37.1 CE dirige a la ley de garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios colectivos, este Tribunal ha declarado que esa facultad que poseen los representantes de los trabajadores y empresarios (art. 37.1 CE) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva «es una facultad no derivada de la ley, sino propia que encuentra expresión jurídica en el texto constitucional», así como que la fuerza vinculante de los convenios ‘emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario’ (STC 58/1985, de 30 de abril, FJ 3)’”.

“Los preceptos legales cuestionados, en la redacción que les ha dado el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, no regulan el régimen general del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, ni nada disponen sobre la fuerza vinculante de los convenios colectivos en general, ni, en particular, sobre los directamente por aquellos concernidos, que mantienen la fuerza vinculante propia de este tipo de fuente, derivada de su posición en el sistema de fuentes».

Asimismo cita también la sentencia de 18 de abril de 2012, casación 192/11, «Es probable que este cambio de planteamiento se explique por una circunstancia muy relevante: entre la fecha de presentación de la demanda de conflicto colectivo (15 de abril de 2011) y la de presentación de este recurso de casación (29 julio 2011) el Tribunal Constitucional resuelve mediante Auto 85/2011, de 7 de junio (BOE de 4 de julio) la cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en relación con el Real Decreto-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: que ésta va en contra de la fuerza vinculante del Convenio Colectivo aplicable y, por tanto, infringe el artículo 37 CE —derecho a la negociación colectiva— y el artículo 28 CE, por cuanto el derecho a la negociación colectiva forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical. Pues bien, el citado Auto 85/2011 del TC inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada argumentando que los preceptos legales cuestionados que, en el caso, son los del Real Decreto-ley 8/2010, de los que derivan los de la Ley 3/2010 del Parlamento Vasco, “no regulan el régimen general del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, ni nada disponen sobre la fuerza vinculante de los convenios colectivos en general, ni, en particular, sobre los directamente por aquellos concernidos, que mantienen la fuerza vinculante propia de este tipo de fuente, derivada de su posición en el sistema de fuentes”, posición que es la de subordinación jerárquica a la ley y, concretamente, a las limitaciones presupuestarias de la negociación colectiva en el ámbito del sector público. Y añade el citado Auto del TC: “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 sobrevinida (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FFJJ 2 y 3)”. En definitiva, este submotivo debe ser también rechazado, reiterando con ello la doctrina del TC recogida, por otra parte, en la STS de 19/12/2011 (R.C. 64/2011)».

Estos son los motivos por los que la Sala del Tribunal Supremo, desestima los Conflictos Colectivos referidos.

3. Todas las sentencias valoran similares argumentos, en las materias que se impugnan, siendo varios grupos de materias los que se exponen a dilucidar como objeto del debate jurídico. Si los Reales Decretos pasan por el filtro del artículo 86 CE. Si una norma de urgencia no vulnera los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva. Cuando se entiende que quiebra el principio y derecho de igualdad por el hecho de excluir a algunas entidades, y si se vulneran las normas de distribución de competencias que se contienen en la Constitución y los Estatuto de Autonomía, son estas las cuestiones principales planteadas, cuya respuesta desestimando cada una de ellas se refiere y reitera el criterio establecido por la Sala en las sentencias que se han transcrito, cuya argumentación se desbroza desde la CE en sus artículos 28, 86, 37. Aludiendo expresamente a la vinculante Doctrina del Tribunal Constitucional.

g) IRPF. Medidas presupuestarias. Asturias. Tributos cedidos

STC 197/2012 de 06 de noviembre de 2012 (recurso de inconstitucionalidad 1819/2003), IL J 125/2013.

1. El recurso de inconstitucionalidad planteado tiene por objeto la impugnación de los artículos 11 y 21 y de la disposición adicional primera de la Ley del Principado de Asturias 15/2002, de 27 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales, resultando únicamente interesante a los efectos de elaboración de este comentario la última de ellas. En concreto, la disposición adicional aludida regula la asignación del complemento específico al personal facultativo en instituciones sanitarias, estableciendo que será inherente al puesto de trabajo, de asignación obligatoria y de carácter irrenunciable, lo cual estima la parte recurrente que vulnera la normativa básica dictada por el Estado en ejercicio de las competencias estatales básicas en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE) y régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE).

El complemento específico del personal sanitario tiene por función retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a la especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. Si bien, están autorizados el Instituto Nacional de la Salud y los servicios de salud de las Comunidades Autónomas a adoptar las disposiciones oportunas para posibilitar su renuncia por parte del personal facultativo. En consecuencia, la Presidencia Ejecutiva del Instituto Nacional de la Salud aprobó mediante resolución de 13 de febrero de 1998 los procedimientos de renuncia y acreditación del complemento específico del personal facultativo del Instituto Nacional de la Salud.

2. La fundamentación jurídica del TC parte de la consideración de que el derecho a la percepción del complemento específico aludido se vincula directamente con el principio

de incompatibilidad del puesto de trabajo con otras actividades de carácter lucrativo, pues su principal finalidad es retribuir la especial dedicación prestada. Por tanto, se trata de una norma relativa a la imposibilidad del personal sanitario de compatibilizar su actividad en el sector público con otras de la misma naturaleza en el sector privado, lo cual es posible si no se percibe dicho complemento.

Se trata, así, de un supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta, puesto que lo que se reprocha a la norma autonómica impugnada es su efectiva contradicción con el régimen estatal relativo al carácter renunciabile del complemento específico del personal sanitario.

Las normas estatales que establecen el carácter renunciabile del complemento específico del personal licenciado sanitario (concretamente, el art. 2.3.b) del Real Decreto Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal Estatutario del Instituto Nacional de la Salud, en la redacción dada por el artículo 53 de la Ley 66/1997, vigente en el momento de aprobarse la disposición impugnada, así como del actualmente en vigor art. 77.2 de la Ley 55/2003) tienen carácter básico, tanto desde el punto de vista formal, pues así se deriva de diversas alusiones contenidas en su texto, como materialmente, puesto que contienen en realidad, no contenidos retributivos, sino la regulación sobre incompatibilidades debidamente vinculada al aspecto retributivo que se deriva.

El carácter básico la normativa relativa a la posibilidad de renuncia del complemento específico, puesto que forma parte del régimen de incompatibilidades, unido a que la normativa autonómica declara su carácter irrenunciabile (DA 1º de la Ley del Principado de Asturias 15/2002) lleva al TC a declarar ésta última inconstitucional por vulnerar el art. 149.1.18 CE, en cuanto título competencial que habilita al Estado para adoptar una decisión básica en materia de incompatibilidades del personal sanitario.

3. El pronunciamiento del TC comentado se basa en otros previos, tales como la STC 26/2012, de 1 de marzo, en cuyo FJ 2 se establece que para que la vulneración competencial exista es precisa *«la concurrencia de dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; así como, en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa»*.

Y las SSTC 178/1989, de 2 de noviembre, y 172/1996, de 31 de octubre, que indicaron ya entonces que *«el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas es básico en cuanto expresión de un principio estructural organizativo que se proyecta sobre el sector público en su conjunto»*.

h) Conflicto colectivo. Complemento de promoción horizontal. Absorción y compensación

STS de 25 de septiembre de 2012 (recurso de casación 204/2011), IL J 137/2013.

1. Se solicita que se declare el derecho de los trabajadores provenientes de la Compañía Sevillana de Electricidad, S.A., que fueron subrogados por la empresa Grupo ENDESA, a que, cuando habiendo alcanzado el tramo temporal de la promoción hori-

zontal regulada por el artículo 24 del III Convenio Marco del Grupo ENDESA, reciban el incremento económico correspondiente sin que resulte absorbido ni compensado con otros conceptos retributivos.

La demanda de conflicto colectivo fue desestimada por la Sala de lo Social de la AN, argumentado la parte recurrente en casación, primero, que el complemento de promoción horizontal es regulado en la misma normativa que aquéllos otros complementos personales con los que se absorbe o compensa, existiendo ya en los convenios anteriores de la Compañía Sevillana de Electricidad; y, en segundo lugar, que no son complementos de carácter homogéneo que permitan la compensación y absorción.

2. La Sala desestima el recurso al entender que se trata de complementos que tienen origen en fuentes distintas y comparten la misma naturaleza personal, resultando por tanto compensables y/o absorbibles.

En primer lugar, los complementos tienen su causa en fuentes distintas puesto que los complementos C1, C2, C8 y C9 proceden del antiguo sistema retributivo del Convenio Colectivo de Sevillana de Electricidad, S.A. y se han integrado en la estructura retributiva establecida en el Convenio Marco del Grupo ENDESA, mientras que el complemento de promoción horizontal se deriva de la estructura salarial y profesional del Grupo ENDESA, que actualmente figura en el n.º 3.a) del art. 24 del III Convenio Marco del Grupo.

Y, en segundo lugar, los complementos aludidos resultan homogéneos entre sí al sostenerse la naturaleza personal del complemento de promoción horizontal, por cuanto no viene ligado a particulares condiciones de trabajo, sino que se fija en función de las condiciones personales del trabajador, bastando para lograrlo el transcurso de siete años en el nivel inferior, salvo que haya informe desfavorable de su superior, de acuerdo con lo previsto en el art. 24.3 del convenio aplicable.

3. En la misma línea de pronunciamientos previos, tales como STS de 21/10/1999 (rec. 35/2009), en cuya fundamentación jurídica que indica que *“la institución de la compensación y absorción que en el precepto citado se recoge tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta (sentencias de 10 de noviembre de 1998, 9 de julio de 2001, 18 de septiembre de 2001 y 2 de diciembre de 2002). Ello implica que, en principio, la compensación tenga que producirse necesariamente en el marco de retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad (sentencias de 15 de octubre de 1992 y 10 de junio de 1994), al menos en el orden de la función retributiva»*.

i) *Reclamación de cantidad. Horas de presencia y nocturnidad. Tiempo de trabajo efectivo*

STS de 26 de noviembre de 2012 (recurso de casación 244/2011), IL J 309/2013.

1. El personal que presta servicio nocturno de restauración y mantenimiento en la unidad de servicio a bordo de los trenes en la empresa Cremonini Rail Ibérica, S.A. pretende que se declare el derecho a que la jornada ordinaria de trabajo resulte de multiplicar los días de trabajo prestados mensualmente por el módulo de 6,35 horas diarias y que los

servicios prestados desde las 22 a las 6 horas se retribuyan con el plus de nocturnidad, tanto si se trata de trabajo efectivo, como si se trata de horas de presencia o rebase.

La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 14 de septiembre de 2.011, estimó en parte la demanda y declaró que las horas de rebase realizadas por los trabajadores de restauración y mantenimiento en la empresa que prestan servicio nocturno, siempre que se realicen entre las 22 horas y las 6 horas, deberán retribuirse con el plus de nocturnidad.

2. Se recurre en casación, tanto por los sindicatos demandantes como por la empresa demandada.

Los demandantes alegan dos motivos de recurso. En relación al primero, relativo a las horas extraordinarias, establece el art. 56 del Convenio de la empresa Compañía Internacional de Coches Cama y de Turismo (BOE 13/10/1999) que «*tendrá la consideración de hora extraordinaria, cada hora que el trabajador realice sobre la duración máxima de su jornada ordinaria de trabajo efectivo en cómputo mensual, considerándose como tal el que resulte de multiplicar el número de días de trabajo del mes por el número de horas del módulo diario correspondiente*». Para determinar la duración máxima de la jornada es preciso aclarar qué ha de entenderse por «*número de días de trabajo del mes*», puesto que el módulo diario no se discute. A tal objeto, habrá que partir del artículo 49 del Convenio, referido a la jornada ordinaria, cuya duración máxima será de 40 horas semanales de trabajo efectivo, alcanzando un máximo anual de 1.800 horas. El problema interpretativo surge cuando son ciclos de 8 días, distribuidos en seis días de trabajo y dos de descanso, porque entonces ya no se trata de ciclos semanales con proyección mensual directa, lo que exige que haya que buscar otras referencias para hallar esa jornada máxima. Será necesario, por tanto, calcular la jornada máxima anual. Así, si la empresa ha computado esos seis días de trabajo a razón del promedio de 6,35 horas, en los referidos ciclos de 8 días de servicios nocturnos, lo que supone un total de 277 jornadas anuales de trabajo, se puede concluir que el sistema de cálculo utilizado por la empresa fue el adecuado, pues atiende a la jornada máxima de 1.800 horas prevista en el artículo 49 del Convenio y, por tanto, procede desestimar el primer motivo de recurso.

Aludiendo ahora al segundo motivo de recurso, el que se refiere a la consideración de trabajo nocturno, es preciso poner en relación dos preceptos. El primero, el art. 36.1 ET, dispone que se considerará trabajo nocturno el realizado entre las 22 horas y las 6 horas. El segundo, el artículo 53.3.2 del Convenio, que son horas de presencia aquellas en las que el trabajador permanece a disposición de la empresa, pero no está obligado a realizar ningún trabajo efectivo. Por tanto, es oportuno desestimar también este motivo de recurso porque las horas de presencia no pueden ser abonadas como nocturnas ya que, por definición, implican que no se realiza trabajo, aspecto este imprescindible en la definición de trabajo nocturno.

Por su parte, la empresa, recurre en base a que no procede abonar el plus de nocturnidad a los trabajadores que presten servicios entre las 22 horas y las 6 en la modalidad de tiempo de «*rebase de jornada*» u horas de «*rebase de jornada*». De acuerdo con el art. 53.3 del convenio, aquéllas son las que exceden de nueve horas por jornada. Pero son tiempo de trabajo efectivo, razón por la que si se desarrollan entre las 22 y las 6 horas, han de ser retribuidas también, además de como hora de rebase, como horas nocturnas,

sin que ello comporte duplicidad alguna, procediendo igualmente la desestimación de este motivo de recurso.

3. La sentencia comentada se sustenta en pronunciamientos previos de la Sala de lo Social del TS. Así, entre otras, la sentencia de 1-12-1997 (rec. 1709/1996), señala que *«el plus de nocturnidad —complemento funcional, de puesto de trabajo y no consolidable— no retribuye una jornada nocturna, sino las horas trabajadas durante el periodo legalmente calificado como nocturno»*. Y las SSTs de 02-09-2012 (rec. 941/2011) y de 19-10-2011 (rec. 33/2011) indican que a la hora extra le corresponde la misma retribución que a la hora ordinaria si se realiza en idénticas condiciones, esto es, *«si en el valor de la hora ordinaria está incluido un plus de penosidad, por realizarse el trabajo en determinadas condiciones —por ejemplo a la intemperie— la hora extraordinaria tendrá este plus si el trabajo se realiza en las mismas condiciones. Por contra, si el trabajo en horas extraordinarias no se realiza en esta circunstancia —no se realiza a la intemperie sino en el interior de la empresa— no se incluirá en el valor de la hora extraordinaria el plus de penosidad»*.

j) *Personal docente. Complemento retributivo. Prescripción. Dies a quo*

STS de 24 de enero de 2013 (recurso de casación unificación de doctrina 839/2012), IL J 251/2013.

1. La trabajadora recurrente reclamó el complemento salarial correspondiente al curso escolar 2008/2009 en el cual prestó los servicios como Directora de centro escolar. La reclamación previa la presentó el 19 de diciembre de 2009, y fue denegada. Ya en vía judicial, su demanda fue estimada por el Juzgado de lo Social, que declaró el derecho de la actora a cobrar el complemento. La sentencia de suplicación de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 13 de enero de 2012, ahora recurrida en casación unificadora, estima en parte el recurso, pero prescritas las cantidades devengadas en septiembre, octubre y noviembre de 2008.

El complemento aludido aparece regulado en el apartado 3.2 de la Disposición Adicional Séptima del Convenio Colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con el cual *«los miembros del equipo directivo y, en su caso, el profesor de apoyo de los centros docentes que realicen funciones de dirección, gestión y organización del servicio de comedor y de transporte escolar, percibirán un complemento retributivo a abonar por una sola vez en cada ejercicio económico, de acuerdo con los días de prestación efectiva del servicio, que será fijado por la Consejería de Educación para cada curso escolar»*.

2. Procede a la Sala determinar cuándo inicia en este caso la prescripción extintiva, si al concluir el año escolar o el ejercicio económico, tal como entiende la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, o en el momento en que obtiene el certificado de la administración empleadora en el que constan el número de días que dan derecho al plus y la cantidad exacta a la que se tiene derecho.

Esta cuestión fue ya resuelta por doctrina unificada contenida en la sentencia de contraste de esta Sala de fecha 21/10/10 (rcud. 659/10), reiterada en la posterior de 7/11/12 (rcud. 4337/11). En aplicación de la misma, teniendo en cuenta que la reclamación previa

se presentó el 19/12/2009 y la certificación de servicios prestados en el curso 2008-2009 no pudo tener lugar hasta finales de julio de 2009, la reclamación del complemento anual correspondiente a dicho curso no se considera prescrita.

3. La doctrina aludida establece que se trata de un complemento que se cobra una vez al año y del que se desconoce además su cuantía exacta hasta que concluye el año escolar y la administración empleadora certifica el número de días que dan derecho al plus, de manera que nace entonces la acción para reclamar su pago. Lo relevante en este caso no es el año natural, sino el curso escolar.

En atención a la doctrina según la que «*la prescripción extintiva, al ser una institución que no se funda en razones de estricta justicia, sino que atiende a las pragmáticas consecuencias de dotar a las relaciones jurídicas de un mínimo de certeza y seguridad, debe ser interpretada con criterio estricto*», de manera que solo perjudique a quién, por su inactividad, haya hecho efectiva dejación de sus derechos (SSTS 02/12/02 —rcud 738/02—; 07/06/06 —rec. 265/05—; 27/06/08 —rco 107/06—; y 31/03/10 —rcud 1934/09—), se entiende que es a la finalización del curso escolar cuando ha de solicitarse la determinación de los días de prestación efectiva y es entonces cuando se obtiene tal certificado, momento en el que se puede reclamar el complemento imputable al curso escolar y no antes.

La prescripción extintiva no puede comenzar antes de que la acción pueda ejercitarse, de acuerdo con el art. 1969 CC y «*de ahí que no se pueda reprochar al titular de un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio*» (SSTS —Sala Primera— 19/12/01 —rec. 2667/97— y 19/04/07).

B) Fondo de Garantía Salarial

a) *Indemnización por despido objetivo en empresa de menos de 25 trabajadores. Desestimación. Cuantía indemnizatoria pactada por las partes en cantidad superior a la que corresponde al despido objetivo improcedente*

STSJ de Cataluña de 11 de octubre de 2012 (recurso de suplicación 6654/2011), IL J 328/2013.

1. La empresa demandante, de menos de 25 trabajadores, interpone recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia que desestimó su pretensión consistente en que el FOGASA le abonara el 40% de la indemnización legal, con los topes legales aplicables, por el despido objetivo de la trabajadora. Según los datos constatados, el magistrado de instancia llega a la conclusión, no impugnada por la empresa en suplicación, de que la cantidad pactada por las partes en concepto de indemnización superaba el tope máximo de la correspondiente a los despidos declarados improcedentes. Como único motivo de recurso se denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 33.8 ET, en relación con el art. 3.1 del Código Civil.

2. El TSJ de Cataluña desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa. A tal efecto indica que, aunque existe doctrina que establece la responsabilidad del FOGASA al margen de que la cantidad percibida de la empresa sea igual, menor o

mayor a 20 días de salario por año de servicio, lo cierto es que si la empresa ya ha abonado al trabajador una cantidad superior a la que le corresponde por un despido objetivo improcedente, se incumple la función que tiene el FOGASA de ayudar en el pago de la indemnización a las empresas de menos de 25 trabajadores. Se dice que esta actuación de la empresa demuestra tanto su capacidad económica para hacerse cargo del importe íntegro de la indemnización por despido improcedente como que en ningún momento hubo voluntad de que el despido pudiera ser declarado procedente. Por todo ello concluye que, aunque el art.33.8 ET no establece esta limitación, la forma de actuar de la empresa en supuestos como el analizado va en contra de la razón de ser de la Ley, que debe interpretarse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.1 del Código Civil, atendiendo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada y, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de aquellas.

3. La STSJ de Cataluña comentada se refiere al art. 33.8 ET en su redacción anterior a la vigente. Se citan en ella las SSTS de 9 junio 1994 y de 4 diciembre 2007 en donde se establece la responsabilidad del FOGASA con independencia de que la cantidad percibida de la empresa sea igual, menor o mayor a 20 días de salario por año.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Descanso semanal coincidente con el inicio o fin de vacaciones o incapacidad temporal: proporcional al tiempo trabajado durante la semana

STS de 2 de octubre de 2012, IL J 134/2013.

1. El Sindicato Andaluz de Conductores dedujo demanda de conflicto colectivo frente a una empresa de Transporte de mercancías en el que se pretendía el reconocimiento del derecho de los trabajadores de la empresa demandada a disfrutar de dos días consecutivos de descanso semanal en aquellas semanas en las que se inician o finalizan los periodos de vacaciones anuales o los periodos de I.T en los que permanezcan los trabajadores.

Estimada la demanda, se alza frente a la misma la empresa deduciendo recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual es estimado, casando y anulando la sentencia recurrida.

2. El Tribunal Supremo, con cita del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores concluye que el derecho a la remuneración de los días de descanso semanal se va generando durante los periodos de trabajo efectivos anteriores a su disfrute. Es por ello que, debe existir una adecuada correspondencia entre la prestación de trabajo en los días laborables de la semana y el periodo de descanso semanal retribuido.

En consecuencia, desestima la demanda cuyo suplico no respetaba citada proporcionalidad.

3. Este mismo criterio se ha aplicado a la hora de retribuir salarios donde no se ha prestado servicios por el ejercicio del derecho de huelga (SSTS de 24 de enero y 18 de abril de 1994, entre otras).

**B) Jubilación parcial. Trabajador afectado por despido colectivo.
Derecho a percibir jubilación parcial hasta
acceso a jubilación ordinaria o anticipada**

STS de 22 de enero de 2013, IL J 165/2013.

1. La Sentencia analiza la situación de un trabajador que paso a situación de jubilación parcial el 01 de abril de 2005 (suscribiendo contrato de jubilación parcial hasta el 24 de marzo de 2010). A los pocos meses de suscribir citado contrato (octubre de 2005), el mismo fue extinguido en virtud de extinción colectiva autorizada por el juzgado de lo mercantil dentro de un concurso voluntario.

La entidad gestora, INSS, extinguió la prestación de jubilación parcial con efectos al 31 de octubre de 2007 (fecha de extinción de la prestación por desempleo), al amparo de lo dispuesto en el artículo 16.d) del RD 1131/2002 considerando que la extinción del contrato de trabajo tras concurso voluntario equivale a un despido procedente.

Frente a esta decisión se alza el actor, obteniendo respuesta positiva del TSJ de Galicia en Sentencia de 29 de mayo de 2012. Recurrida la misma en casación unificadora ante el Tribunal Supremo, la misma es confirmada.

2. El artículo 16 del RD 1131/2002 de 31 de octubre, dispone la extinción de la jubilación parcial tras el agotamiento de las prestaciones por desempleo, en los casos de extinción de contrato de trabajo a tiempo parcial. Excepciona de citada regla, a las extinciones del contrato de trabajo declaradas improcedentes, en cuyo caso se mantendrá el derecho a la jubilación parcial, sin perjuicio de las responsabilidades empresariales a que pueda haber lugar.

Sobre este escenario normativo, la discusión se centraba en determinar si la extinción colectiva dentro de un proceso concursal, debía tener la consideración de procedente o improcedente al objeto de lo dispuesto en el RD 1131/2002.

La Sala concluye, en doctrina que se comparte, que la calificación que merece la extinción contractual colectiva de un jubilado parcial debe ser considera improcedente a los meros efectos de la regulación de la jubilación parcial, en la medida en que se trata de una extinción ajena a la voluntad del trabajador.

Finalísticamente, la regulación de la jubilación parcial dispondría la extinción de la prestación para aquellos despidos procedentes, entendiendo como tales, los imputables directamente al trabajador afectado, circunstancia que obviamente no concurre en las extinciones acordadas en procedimientos extintivos colectivos dentro de un procedimiento concursal.

3. La doctrina acuñada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo es coherente con la acuñada en otras materias de seguridad social, como la referida a la jubilación anticipada. También el acceso a esta prestación estaría condicionado al carácter involuntario del cese que precede a la situación de jubilación anticipada, habiéndose considerado como tal el cese acordado en proceso de despido colectivo. Por todas, STS de 25 de octubre de 2006 (rcud 2318/2005).

**C) Reducción de jornada por responsabilidades familiares.
Procede aún cuando el horario propuesto por la trabajadora
no contemple mismo módulo horario de reducción**

SJS número 11 de Madrid de 19 de septiembre de 2012 (Sentencia 259/2012), IL J 4/2013.

1. La actora prestaba servicios de Lunes a Viernes en horario de 7 a 16 horas, siendo sus funciones de carácter administrativo (control de calendarios, incidencias....).

Sus padres de avanzada edad (91 y 83 años) tenían ambos reconocida una minusvalía del 73 y 33% respectivamente, lo que motivó su solicitud de reducción de jornada en 8 horas semanales cuya reducción concretaba en sólo dos días /semana: miércoles y jueves de 7:00 a 11:00 manteniendo el resto de los días su horario habitual.

Esta solicitud es desestimada por la empresa, al entender ésta que la redacción literal del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores impone, en la actualidad, una reducción de jornada «diaria», es decir, repartida de forma idéntica entre todos los días laborables.

2. El Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid estima la demanda interpuesta por la trabajadora. Orilla y no entra a dilucidar si la nueva redacción dada al artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero, implica un cambio en la regulación material del derecho a la concreción horaria motivada por razones de guarda legal o familiares dependientes.

La Sentencia invierte la carga de la prueba y con cita de doctrina constitucional previa a la reforma legal señalada, concluye que es la empresa quien no ha acreditado que la modalidad de ejercicio del derecho solicitado por la demandante origine problemas organizativos que impidan priorizar, como finalmente hace, el derecho de la trabajadora a conciliar el cuidado de sus padres con el desarrollo de las funciones de su puesto de trabajo.

3. No puede negarse la voluntad legislativa de acabar con la disparidad de pronunciamientos judiciales existentes sobre el ejercicio de la concreción horaria motivados por la conciliación de la vida laboral y familiar.

La literalidad del artículo 37.5 del ET tras la reforma introducida por el RDL 3/2012 precisando que la reducción de la jornada debe concretarse dentro de la jornada diaria, permite afirmar a nuestro juicio, que si se ejercita el derecho de reducción por guarda legal, esta reducción debe proyectarse sobre todos los días en los que el trabajador o trabajadora tiene que prestar sus servicios profesionales.

Cosa distinta, que excede del contenido de esta crónica, sería plantearse la constitucionalidad de citado precepto si su aplicación implica la vulneración del derecho a la no discriminación en la dimensión que la doctrina constitucional viene dando al mismo (Por todas STC 166/1988).

La Sentencia objeto de esta crónica, orilla esta cuestión y reconoce el derecho, situándonos de nuevo en la inseguridad que los dispares pronunciamientos judiciales continuarán creando, habida cuenta de la ausencia de acceso al recurso de suplicación de esta materia (Art 138 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción).

Como contrapunto de la ineficacia de la reforma en orden a otorgar seguridad jurídica, puede consultarse la opinión del Presidente del TSJ de la Rioja, Sr. Azagra Solano, vertida

en su artículo «Reducción de la jornada de trabajo diaria por razones de guarda legal» publicada en la *Revista Aranzadi Doctrinal* n.º 3/2012.

En ella el autor se pregunta si, tras la última reforma del art 37.5 del E.T, podría el trabajador o trabajadora solicitar que la reducción de jornada se proyecte sólo respecto de unos días concretos, como es el caso que analizamos. La respuesta del autor es clara al afirmar que «a tenor de la actual redacción de la norma, la respuesta debería ser negativa, pues en ella no se establece excepción alguna al hecho de que la reducción deba efectuarse sobre la jornada de trabajo “diaria”».

D) Tiempo de trabajo efectivo. Tiene esta consideración el curso de 35 horas necesario para obtener el CAP (Certificado de Aptitud Profesional) previsto en el Real Decreto 1032/2007

STS de 11 de febrero de 2013, IL J 269/2013.

1. La Federación Estatal de Transportes, Comunicaciones y Mar del sindicato UGT, la Federación de Servicios a la ciudadanía de CCOO y el Sindicato Libre del Transporte interpusieron demanda de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional cuyo petición consistía en que se declarara el derecho de los conductores de vehículos de transportes de viajeros, que prestan servicios en empresas del sector de transporte de viajeros por carretera a recibir la formación continua prevista en el RD 1032/2007 con cargo a las empresas para las que estén trabajando, sin coste alguno para el trabajador y dentro de la jornada laboral ordinaria, debiendo considerarse tiempo de trabajo efectivo, o en su defecto, en otras horas, pero también computables como tiempo de trabajo efectivo con cargo a la jornada laboral ordinaria.

Citada pretensión fue estimada íntegramente por la Audiencia Nacional; formalizado por la parte condenada recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el mismo es desestimado por la Sala de lo Social, la cual confirma la Sentencia recurrida.

2. El RD 1032/2007 introduce la formación continua obligatoria para conductores de vehículos de transportes que prestan servicios en empresas del sector de transporte de viajeros por carretera o urbanos, materializada en un curso de 35 horas a realizar cada cinco años.

Discutían las partes, si citada formación debía correr a cargo de la empresa y por tanto, tener la consideración de trabajo efectivo, o por el contrario, citada formación debía correr a cargo del trabajador.

La Audiencia Nacional en primera instancia, y más tarde la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, interpretan que los deberes que impone esa norma al trabajador se encuadran dentro del contrato de trabajo, exigiendo una formación que incide directamente sobre su actividad.

Atendiendo al contenido del curso de actualización (Salud, seguridad vial, medioambiental y servicio de logística), concluye el tribunal que corresponde al empresario facilitar citada formación al amparo de lo dispuesto en el artículo 19 de la LPRL, la cual ordena a la empresa garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, como

cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo.

Concluye, en definitiva el Alto Tribunal que, el tiempo invertido en la realización del proceso formativo para la obtención del CAP regulado en el RD 1032/07, ha de integrarse en la formación exigible en cumplimiento del deber de protección del empleador y por ello, esa formación tendrá la consideración de trabajo efectivo y como consecuencia de ello, deberá ser retribuido como tal.

3. Conviene concretar que el presente conflicto, y por ende, la Sentencia comentada, circunscribe su ámbito subjetivo a los conductores de transporte de viajeros, no de mercancías, al ser éste el ámbito de representación de las patronales demandadas en el conflicto.

Esto deja impregjada esta cuestión respecto de los conductores de transporte de mercancías por carretera, afectados por la misma exigencia formativa impuesta por el RD 1032/07. Si bien, razones de analogía en fundamentos y normativa aplicable hacen prever una respuesta similar.

En otro orden de cosas, y de forma común a ambos colectivos (conductores de viajeros y mercancías) ha de repararse en que el Tribunal acepta que esta materia se regule en los correspondientes convenios colectivos, razón por la que habrá que atender en cada caso concreto a la existencia de regulación específica en la negociación colectiva aplicable a cada relación laboral.

**E) Vacaciones anuales retribuidas e incapacidad temporal.
Procede fijación de un nuevo periodo de disfrute cuando antes,
simultáneamente o después de iniciadas las vacaciones, el trabajador
pase a la situación de incapacidad temporal que le impide disfrutarlas**

STS de 17 de enero de 2013, IL J 163/2013.

1. El actor cayó en situación de I.T desde el 1 al 12 de junio de 2009, coincidiéndole en dicho espacio de tiempo 10 días de las vacaciones asignadas para ese año. Durante dicho periodo, permaneció cuatro días hospitalizado.

Tras ser dado de alta, continuó con las vacaciones que tenía asignadas. Solicitado nuevo periodo de disfrute para las vacaciones que coincidieron con periodo de Incapacidad Temporal, la empresa accedió a la petición respecto de los 4 días en los que el trabajador permaneció hospitalizado, pero no los restantes.

Deducida demanda ante la jurisdicción social, la misma fue estimada en la instancia, y confirmada en el correspondiente recurso de suplicación. Deducido recurso de casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, es desestimado el mismo reiterando doctrina.

2. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, desestima el recurso de casación deducido apreciando falta de interés casacional. Recuerda que la Sala ya estableció la doctrina correcta mediante Sentencia de 3 de octubre de 2012 dictada en Pleno por el Alto Tribunal, en aplicación de la doctrina contenida en la STJUE de 21 de junio de 2012. Resumidamente, recuerda que procede determinar un nuevo periodo de disfrute de vacaciones cuando antes, simultáneamente o después de iniciadas, el trabajador pasa a la situación de Incapacidad Temporal que le impide disfrutarlas.

3. En la actualidad, el debate suscitado en el presente recurso carece de recorrido. Ello por cuanto, la Disposición Final 1.4 de la Ley 3/2012 de 6 de julio, modificó el apartado 3 del artículo 38 relativo al disfrute de vacaciones. En su nueva redacción, el precepto regula la posibilidad de disfrutar las vacaciones fuera del año natural de su devengo, cuando el disfrute de las mismas se haya visto impedido por un proceso de incapacidad temporal. Debe reseñarse, no obstante, la existencia de límite temporal a ese disfrute concretado en un plazo máximo de 18 meses a partir del año en que se hayan originado las vacaciones discutidas.

Por último resaltar, que la misma doctrina contenida en esta crónica, puede verse también en la STSJ de Galicia de 6 de noviembre de 2012, I.L J 186/2013.

3. PACTO DE NO COMPETENCIA

A) **Competencia desleal. Inexistencia. Prestación de servicios durante el período de excedencia voluntaria para otra entidad bancaria. Despido improcedente**

STSJ de Castilla y León de 13 de diciembre de 2012 (recurso de suplicación 734/2012), IL J 97/2013.

1. El trabajador prestaba servicios para la empresa demandada «Caja Rural de Segovia». En 2007, la empresa reconoce al trabajador la situación de excedencia voluntaria, de conformidad con el art. 46.2 LET, por un plazo de cinco años (extendiéndose desde el 15 de febrero de 2007 hasta el 15 de febrero de 2012). Concluido dicho plazo, el trabajador solicitó la reincorporación a la empresa y ésta le fue denegada por haber prestado servicios, durante el período de excedencia voluntaria, en otra entidad bancaria (SCH) en la misma localidad. La empresa considera que esta prestación de servicios del trabajador constituye una concurrencia desleal y por este motivo, en la comunicación de fecha 13 de febrero de 2012, la empresa comunica al trabajador la extinción de la relación laboral. Conviene advertir que, ni en el convenio colectivo de aplicación ni en el contrato de trabajo existía ninguna obligación de no concurrencia en la misma actividad.

2. La sentencia de instancia declaró el despido procedente y ello puesto que consideraba que el trabajador había incurrido en una situación de competencia desleal, al haber prestado servicios, durante el período de excedencia voluntaria, en otra entidad bancaria. Sin embargo, el TJS de Castilla y León, considera en suplicación, que el despido es improcedente, concediendo a la empresa la opción entre la readmisión del trabajador o el abono en concepto de indemnización de la cantidad de 101.316 euros. Así pues, el Tribunal entiende que la prestación de servicios para otra entidad bancaria, durante el período de excedencia voluntaria, no constituye una situación de competencia desleal que justifique la decisión de la empresa de extinguir la relación laboral. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal aplica al supuesto de hecho, la doctrina jurisprudencial que exige la concurrencia de tres elementos, para apreciar una situación de competencia desleal, a saber: 1º) la existencia por parte del trabajador de una actividad económica en satisfacción de su propio interés y en competencia con la de la empresa por desarrollarse ambas den-

tro del mismo ámbito mercantil; 2º) la utilización de la experiencia y perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio; 3º) que tal utilización redunde en desmérito o perjuicio para los intereses de dicha empresa. Habiendo establecido el TS que «dicha prohibición de no concurrencia, está subordinada a los límites que el referido art. 21 ET establece, ya que no basta con que exista concurrencia en la misma actividad, sino que además es necesario que la misma sea desleal, para cuya determinación, es preciso atender a los elementos objetivos del relato histórico, sin que pueda ni deba acudirse a conjeturas, ya que lo que se juzga es si la actividad en la otra empresa del trabajador, revela una infidelidad en el servicio que presta al demandado o si la base de su actuación son los conocimientos obtenidos en su trabajo, en este último caso, si esto no es así, no se produce quebranto del principio de la buena fe elemento básico de la contratación y necesario para que pueda prosperar el despido decretado» (SS 19 de julio de 1985 y 13 de mayo de 1986). Puesto que no ha quedado acreditado que el trabajador haya tenido con la empresa demandada, ningún comportamiento o conducta que pudiera calificarse de desleal, el Tribunal entiende que no se cumplen los requisitos exigidos para apreciar una situación de competencia desleal y, en consecuencia, no existe una causa que justifique la decisión de la empleadora de extinguir la relación laboral.

3. Durante la situación de excedencia voluntaria se suspenden las prestaciones básicas del contrato de trabajo, pero se mantienen vivos otros derechos como el derecho al reingreso del trabajador excedente y, desde luego, no exonera a las partes de los deberes inherentes a la buena fe que subsisten en tanto que la relación laboral no se ha extinguido y, entre ellos, el deber de no concurrir con la actividad de la empresa, tal y como dispone el art. 5.d) LET. Ahora bien, la excedencia voluntaria presenta un régimen jurídico peculiar toda vez que, de un lado, constituye un derecho del trabajador, destinado a procurar su promoción personal y profesional, y de otro lado, porque durante la excedencia voluntaria sólo se conserva un derecho preferente al reingreso (no existe derecho del trabajador a la reserva de puesto de trabajo, como en el resto de supuestos suspensivos del contrato de trabajo). Y es este régimen jurídico peculiar, el que determina, según la doctrina científica, que la obligación de no competencia no pueda ser automáticamente extrapolable a la excedencia voluntaria. De esta forma, durante la excedencia voluntaria, subsiste el deber genérico de buena fe, que impide realizar actos desleales, pero el trabajador excedente puede prestar servicios en empresas de similar actividad. Y esto es así, porque como hemos señalado anteriormente, la excedencia voluntaria constituye un derecho del trabajador, destinado a procurar su promoción profesional, que será más factible en empresas en las que pueda desarrollar su profesión, esto es, en empresas que se dediquen a la misma actividad.

4. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) **Conflicto colectivo. Iberia LAE. Ordenes de desplazamiento**

STS de 20 de noviembre 2012 (recurso de casación 259/2011), IL J 305/2013.

1. Por el delegado sindical de la CGT en el centro NZI se interesó que se comunicara a los trabajadores desplazados la decisión motivada, contestándose al mismo dando razones de funcionamiento. En el Comité de Intercentros se trató de la cuestión. En la empresa

existen dos modelos de propuesta de desplazamiento, una tradicional mediante la entrega a cada trabajador que va a ser desplazado de un documento con ese nombre, en el que consta el destino, número de días del desplazamiento, motivo, fecha de la entrega de la propuesta y anticipo con cantidades distintas en cada caso. El otro modelo es a través de la intranet de la empresa en la que también constan los mismos datos. La empresa comunica a los trabajadores que van a ser desplazados la orden con varios días de preaviso, aunque en algún supuesto se avisó el día antes.

2. La Sala de lo Social del TS examina el recurso de casación interpuesto por el sindicato ante la desestimación de la demanda de conflicto colectivo, en esencia si debe aplicarse la regulación específica del art. 40.4 ET o la norma colectiva, y entiende que es una materia propia de la regulación convencional, no proveyéndose en la misma la exigencia de escrito razonado. Y respecto al preaviso, efectivamente la norma convencional no prevé plazo por lo que habrá que estar a lo contenido en el art. 40.4 ET.

3. La Sala entiende que se trata de una regulación convencional y por tal las exigencias son las contenidas en el Convenio Colectivo y no las previstas en el art. 41.4 ET.

5. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) **Modificación de las condiciones laborales. Nulidad. Desestimación. Aplicación de la Ley de Presupuestos generales del Estado**

SAN de 29 de noviembre 2.012 (conflicto colectivo 208/2012), IL J 16/2013.

1. En Aena existen aproximadamente 1.500 trabajadores denominados personal de estructura que se caracterizan por tener asignadas determinadas funciones que conllevan responsabilidad, percibiendo por ello el complemento de puesto de trabajo de dirección o estructura. En dicha empresa existe un Código de Conducta. En el punto relativo a «Conductas relacionadas con el trabajo», dentro del apartado «3. Conductas de referencia» se indica que «el nivel de responsabilidad que conlleva el desempeño de un puesto de estructura, determina la realización de una jornada de trabajo de una duración superior al resto de trabajadores, de mañana y tarde con carácter general y que, en cualquier caso, debe adaptarse con flexibilidad a las necesidades del servicio. En el nombramiento para el desempeño de un puesto de dirección o estructura se establece que, por causa del mismo, el trabajador percibirá un complemento de puesto de trabajo que «retribuye la responsabilidad asociada al puesto así como su disponibilidad horaria». Los trabajadores nombrados para puestos de estructura suscriben el Código de Conducta. Estos venían realizando una jornada de 37,5 horas mientras que el resto del personal realizaba 35 horas. Los trabajadores de estructura recibieron comunicación escrita donde se les manifestaba su ampliación horaria a 40 horas a la semana.

2. A través de la demanda de conflicto colectivo el sindicato alega la existencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en Acuerdos de empresa, a ello se opone la SAN al entender que la reducción de 30 minutos de la jornada no deviene de ningún Acuerdo sino de una condición más beneficiosa pues deviene de una ventaja de la empresa cuya contrapartida era asegurar la puntualidad. Por tanto, partiendo de ello, exa-

mina si debió acudir al procedimiento del art. 41.4 ET, y dispone que «no estaban obligadas a tramitar el período de consultas, regulado en el art. 41.4, puesto que la suspensión de la jornada semanal reiterada no se fundamentó en la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que es el presupuesto constitutivo para la aplicación del precepto citado, sino en la aplicación de la D.A. 71ª de la Ley 2/2012, de 29 de junio, que deja perfectamente claro que desde el primero de julio pasado, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2012, de 29 de junio, el personal del sector público, en el que se incluyen los trabajadores de AENA y AENA AEROPUERTOS, no puede tener una jornada inferior a 37,5 horas semanales, tratándose de una norma legal, cuya aplicación no puede eludirse de ningún modo, a tenor con lo dispuesto en el art. 9 CE, en relación con el art. 3 ET.». Pero, además, los presentes trabajadores tienen comprometida una jornada superior a la normal, es evidente que sus horas de trabajo semanales ya no pueden seguir siendo las 37,5 que el convenio establece con carácter general, la jornada de estructura de 40 horas semanales en cómputo anual, es ajustada a derecho la decisión de la empresa de volver a exigir tal cuantía horaria, manteniendo exactamente la misma proporción de incremento de jornada respecto del personal ordinario que se apreciaba antes de la entrada en vigor de la LPGE. Pero, asimismo, tienen suscrito un código de conducta y que su jornada tiene que adaptarse a las necesidades del servicio, por ello es un mero cumplimiento de lo pactado, una vez suprimida la condición más beneficiosa por la DA 71 LPGE.

3. Para la Sala de lo Social de la AN el cambio de la jornada que disfrutabas los trabajadores de 37,5 a la de 40,00 horas, no supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino ante la aplicación de los contratos una vez que la LPGE suprimió la condición más beneficiosa.

B) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo. Licitud

STSJ de Andalucía de 16 de mayo de 2012 (recurso de suplicación 578/2012), IL J 118/2013.

1. La empresa dedicada al venta de ropa tiene establecido y negociado un sistema de comisiones globales por ventas que genero diversa conflictividad. Con fecha 11-1-11, la empresa notifico al CE al amparo del art. 41 Et el inicio de un periodo de consultas para proceder al cambio del sistema de retribución variable de los vendedores pasando del sistema de comisión global al llamado «comisión por ventas», a tal efecto las razones se portaron en un documento que fue entregado al citado CE. La representación de los trabajadores después de finalizado el periodo de consultas se opuso a la modificación. Por la empresa comunico a los trabajadores el cambio a partir de una concreta fecha en determinadas tiendas. La empresa con el nuevo sistema de comisión por ventas «se potencia la polivalencia, si bien se prevén supuestos en los que el vendedor pasa al sistema de comisión global y su venta computa como vendedor 0: el segundo cuando sustituye el encargado en sus vacaciones, el vendedor que supe a la cajera durante las vacaciones de ésta, el vendedor que está más del 50% de su jornada en caja, algunos días de rebajas. Durante las vacaciones, lactancia y licencias retribuidas se cobraría por el antiguo sistema. El nuevo sistema de comisión por venta individual no se aplica en períodos de rebajas, ni

a las tiendas ..., dado que su organización de trabajo es diferente». El Juzgado de lo social desestima la demanda planteada por el CE.

2. Interpuesto recurso por el CE no solo desde el punto de vista de las formalidades sino también desde el fondo, la Sala después de recoger el contenido del art. 41 ET, recuerda la STS 17-5-05, señalando la interpretación del citado precepto y así destaca que «la interpretación literal del precepto inclina a pensar 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 en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa, basta con se favorezca su posición competitiva en el mercado o la eficacia del servicio prestado sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas».

Y en el presente supuesto, queda acreditado, del inalterado relato histórico de la sentencia combatida y del que con valor de tal consta en su fundamento jurídico cuarto, que los contratos de trabajo, en su mayoría no recogían una modalidad del reparto de comisiones, sino que se remitían al fijado por la empresa, que conforme a las exigencias del art. 41.4 E.T., desde el 13.10.2009 comienzan las negociaciones, que finalizan, sin acuerdo el 24.1.2011, por lo que hay un intento intenso por la parte empresarial de lograr un acuerdo que mejoró en dos ocasiones su propuesta inicial (F.Jco. 3º *in fine*), y en cuanto al fondo, se acredita que el nuevo sistema supone una «mejora» de la situación de la empresa y que supone un beneficio para la mayoría de los trabajadores y respecto de los beneficios sociales, que no disfrutaban la mayoría de la plantilla, se ofrecen compensaciones (F.Jco. 4.º, ap. 3.º) y se acredita un descenso en las ventas, por lo que el antiguo sistema de comisiones global por ventas, no favorecía la atención al cliente ni la polivalencia del trabajador, y el nuevo sistema retribuye al trabajador que efectivamente haya realizado funciones de venta y el resto de funciones se distribuye equitativamente entre todos (F.jco. 4.º, ap. 4.º)». En su consecuencia se desestima el recurso.

3. La sentencia recoge la doctrina jurisprudencial en cuanto 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 en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa, basta con se favorezca su posición competitiva en el mercado o la eficacia del servicio prestado sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas, y en este supuesto acreditado que con el nuevo sistema es beneficioso para la mayoría de los trabajadores, habiendo compensaciones respecto a los beneficios sociales y por otro lado acreditado el descenso de ventas, es por lo que se dan los elementos para la modificación sustancial operada.

C) Modificación de las condiciones laborales. Nulidad. Desestimación

SAN de 22 de noviembre 2012 (conflicto colectivo 143/2012), IL J 15/2013.

1. Por la empresa se llevó a cabo una modificación sustancial de condiciones de trabajo a través de un nuevo sistema de retribución variable de un grupo empresarial del comercio textil. Los trabajadores tenían un sistema de retribución variable consistente en que las comisiones se abonaban a todos los trabajadores de tienda, siempre que realizaran ventas, desde la primera. Ello era independiente de los resultados negativos o positivos de la tienda. Los encargados, sin embargo, veían sus comisiones anudadas a objetivos

de venta de la tienda. El personal de las tiendas de W. S. y Sp. percibía un complemento denominado Comisión Mínima Garantizada, cuya finalidad era compensar el salario base del empleado al objeto de igualarlo con el fijado por el convenio colectivo provincial de referencia. Era un complemento compensable y absorbible con los incrementos convencionales. Por la dirección del grupo Cortefiel se remitió una comunicación a la comisión negociadora del inicio del período de consultas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo en Cortefiel, S.A. y Serman S.A., en ella se hacía constar que había adoptado la decisión de modificar el sistema de remuneración variable «existente en la estructura comercial del Grupo Cortefiel excepto la cadena Ficty Factory», afectando por igual «a toda la plantilla adscrita a las tiendas de la empresa en cualquiera de las razones comerciales que explota la misma»; dicha modificación afectaría a las categorías profesionales «que han venido cobrando el concepto salarial denominado «comisiones», en concreto aquella retribución variable que depende directamente de la venta diaria realizada directamente por el empleado y que se obtenía desde la primera venta de cualquiera de las prendas y productos comercializados en cada una de nuestras tiendas, sin que hasta la fecha dicha percepción hubiera dependido de la situación y resultados de cada tienda en concreto». La intención de la empresa, motivada en causas económicas era «que dicha retribución, inexcusablemente, vaya asociada a los resultados del Grupo con el fin de garantizar la viabilidad de éste y asegurar así una mejor productividad de cada empleado». El periodo de consultas se llevó a cabo en cuatro sesiones, con diversas propuestas. Este finalizó sin acuerdo. En agosto la empresa dirigió comunicación individual de modificación sustancial del sistema retributivo a la plantilla afectada que presta servicios en las tiendas de las marcas Cortefiel, Springfield, Women's Secret y Pedro del Hierro, explotadas indistintamente por CORTEFIEL, S.A. y SERMAN 92. S.L. En la misma se explicaba que «El nuevo sistema, que se pone en marcha a partir del 1 de septiembre y con efectos en la nómina del mes de octubre, supone que se cobrarán comisiones si la tienda donde se presta servicios cumple los presupuestos fijados por la cadena» y que desaparece la comisión mínima garantizada para el personal de Springfield y Cortefiel, «ya que sus salarios bases serán los mismos que establezca el convenio colectivo en cada momento.» El presupuesto de ventas a alcanzar para tener derecho a las comisiones se ha fijado claramente: un 3,5% de incremento en las ventas de la tienda respecto de las del año anterior. El descenso de las ventas del comercio minorista textil ha caído un 30% desde 2.007 a 2.011. Del 2.011 al 2.012 han caído un 16,91%.

2. Los sindicatos demandantes interesan se se declare nula la modificación del sistema retributivo llevada a cabo en la empresa, por entender que, mientras en el período de consultas se negoció en todo momento una medida que afectaría exclusivamente a los trabajadores de Cortefiel, S.A., sin embargo, tras no alcanzarse acuerdo, la empresa extendió el ámbito de aplicación de su decisión también a los trabajadores de Serman 92, S.L. Para la sala considera acreditado que desde el mismo inicio del período de consultas la propuesta de la empresa se destinaba a afectar a los trabajadores de las distintas marcas comerciales del grupo (salvo Fifty Factory), con independencia de que las tiendas fueran explotadas por Cortefiel o por Serman. Sobre la base de una comunicación de apertura del período de consultas que lo plasmó así expresamente y que, por tanto, no pudo haber generado absolutamente ninguna duda a este respecto en sus destinatarios (hecho probado quinto), se constituyó la comisión negociadora de composición sindical, de modo

que es evidente que la misma representaba a la plantilla del grupo en su totalidad. No cabe llegar a otra conclusión después de que hubieran recibido la citada comunicación empresarial en la que se anunciaba el cambio «en Cortefiel, S.A. y Serman, S.A.», «en la estructura comercial del Grupo Cortefiel excepto la cadena Ficty Factory», afectando por igual «a toda la plantilla adscrita a las tiendas de la empresa en cualquiera de las razones comerciales que explota la misma». Y es que era clara la intención inicial de la empresa, que fue asumida como tal por los representantes sindicales puesto que no discutieron ese amplio ámbito de aplicación en la primera reunión, no hay elementos que indiquen un cambio en el alcance de la medida que se estaba negociando. Al contrario, tanto el acta inicial como la final del período de consultas se encabezan con una referencia al Grupo Cortefiel (hechos probados sexto y séptimo). Por tanto tal marco no puede considerarse desvirtuado por el único dato de que en el cuerpo del acta final del período de consultas se mencionara exclusivamente a Cortefiel S.A. como destinataria de la medida, porque, siempre quedó claro que la medida se extendía al grupo en su totalidad. La conclusión habría podido ser otra si se apreciara una evolución en la negociación en virtud de la cual el ámbito de aplicación de la decisión se hubiera restringido; pero nada se ha alegado ni acreditado en este sentido.

También señalan los demandantes que debe declararse nula porque deja en manos de la empresa el abono de la retribución variable, ya que es ella quien fija los objetivos que han de superarse para tener derecho a percibir los incentivos, a ello se opone la Sala recordando la doctrina jurisprudencial, en cuanto que, es ajustado a derecho que se establezca una retribución variable sobre la base del cumplimiento de objetivos fijados por la empresa. Lo que se censura es la ambigüedad de estos objetivos o su falta de fijación, de modo que si ello ocurre en realidad se deja en manos del empresario el abono de las cuantías según su absoluto arbitrio. Por el contrario, cuando los objetivos se fijan previamente y están claros, su cumplimiento determina el derecho a percibir las cuantías comprometidas, sin que su concesión quede al albur de la voluntad empresarial. En este supuesto «el presupuesto de ventas a alcanzar para tener derecho a las comisiones se ha fijado claramente: un 3,5% de incremento en las ventas de la tienda respecto de las del año anterior, siendo una meta difícil actualmente, pero desde luego en absoluto irrealizable o abusiva».

Por último se interesa la declaración de la medida injustificada. Lo que se rechaza y es que estamos en el marco del art. 41 ET, cuyas causas justificativas son menos exigentes que las propias de otros instrumentos de flexibilidad en el seno de la relación laboral, y no requieren la existencia de una situación económica negativa para operar sino que se puede partir incluso de una coyuntura de beneficios. Esto era así antes de la reforma del precepto por el RD-Ley 3/2012 y la Ley 3/2012 (por todas, STS 16-05-2011, ROJ 3647/2011), y nada de lo reformado por el legislador en virtud de las citadas normas fundamenta un cambio interpretativo a este respecto, puesto que se sigue omitiendo cualquier referencia a pérdidas, crisis económica o merma de beneficios de cualquier tipo. Como dijimos en SAN 28-5-12 (proc. 81/2012), las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo reguladas en el art. 41 ET se sustentan en «razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y su relación con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa». En tal sentido, el empresario «deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que incidan en su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente

las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo». En el presente supuesto es razonable la vinculación de la retribución variable a los resultados de las tiendas, está relacionado y contribuye a mejorar la competitividad de la empresa, sobre todo en un contexto en el que las ventas han descendido, como, también, que la medida promociona la productividad, al sustituirse la comisión mínima garantizada desde la primera venta por un incentivo para cuya percepción deben cerrarse más operaciones. Evidentemente, esto requerirá un mayor esfuerzo de los trabajadores, sin duda importante en un contexto de crisis como la que nos asola, pero de ahí no cabe concluir objetivamente, como sugieren los actores, que sea un desincentivo a la productividad sino, en principio, justo lo contrario.

3. En el presente supuesto se analiza la forma en la consulta y se rechaza tal defecto pues se negoció con el grupo como tal, y respecto al fondo, tratándose de un nuevo sistema de retribución variables y acreditados los extremos de mejora de la competitividad y adaptabilidad es por lo que se entiende ajustado a derecho.

D) Modificación de las condiciones laborales. Nulidad

SAN de 28 de noviembre 2.012 (conflicto colectivo 149/2012), IL J 205/2013.

1. La empresa; Mutua de servicio de prevención, planteó en la comisión de seguimiento su voluntad de aplicar una reducción en el sistema retributivo, manteniéndose cuatro reuniones sobre esta materia. El 1 de junio de 2012 la empresa remite escrito a los representantes legales de los trabajadores, en el que comunica formalmente la decisión de proceder a modificar las condiciones de trabajo, convocándoles a una reunión con fecha 4 de junio de 2012 para la apertura del período de consultas. Por la representación de los trabajadores y a partir de los datos contradictorios entre realización de reconocimientos médico y facturación no se alcanzó acuerdo alguno. La modificación pretendida afecta al «Complemento *ad personam*», que representa por encima de 3.500 euros brutos anuales.

2. Impugna la decisión tomada por la empresa los sindicatos a través de trámite de Conflicto Colectivo alegando la nulidad por cuanto tal complemento se reguló en Convenio Colectivo y por tal debe seguirse los trámites del art. 82.3 ET. Por la empresa alega que nos encontramos ante un complemento recogido en el Convenio pero no regulado en el mismo.

La Sala señala que el complemento *ad personam* se contempla dentro del capítulo de «Retribuciones, salarios base y complementos», en cuyo art. 40.2 se precisa que la estructura retributiva «del presente Convenio Colectivo» queda integrada por los siguientes conceptos: «Sueldo base por nivel retributivo, Complemento por experiencia, Complemento de adaptación conceptos antigüedad/experiencia, Complemento «*ad personam*», Complemento diferencia salarial, Plus de responsabilidad, Plus de unidad móvil». El apartado 3 de este mismo precepto se refiere a dichos conceptos como «conceptos de Convenio» y absolutamente ninguno de ellos se refleja en la tabla salarial, pero porque la misma se limita a plasmar el sueldo base anual por grupo y nivel. Por tanto, para la sala tratándose de un «complemento reconocido y regulado en Convenio Colectivo estatutario, su alteración debería haber seguido los trámites previstos en el art. 82.3 ET, en cuya virtud, “cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre

la empresa y los representantes de los trabajadores (...), se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias: (...) d) Sistema de remuneración y cuantía salarial”. Así lo indica el Tribunal Supremo, en un pronunciamiento dictado conforme a la legislación anterior a la reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2012, pero que resulta perfectamente aplicable al caso: “cuando el legislador quiso autorizar la posibilidad de disminuir la cuantía salarial lo hizo introduciendo un nuevo mecanismo, el del descuelgue salarial, completamente distinto y con requisitos más rigurosos que los de la modificación sustancial” (STS 5-6-12, rec. 95/2011)». Por tanto no habiendo seguido la empresa los tramites del señalado precepto (art. 82.3 ET), ello determina la nulidad de la modificación sustancial.

3. La cuestión litigiosa lo es si la reducción salarial del concepto pretendido está inserta o no en el convenio Colectivo o en acuerdo fuera de convenio, pues en uno y otro supuesto el mecanismo de reducción es distinto, si no estuviera contenido en el convenio proceden los tramites del art. 41 de lo contrario si lo es una partida salarial contenida en el Convenio el trámite es el del art. 82.3, y de no seguirse, como concluyo la Sala procede la nulidad.

E) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Nulidad

SAN de 4 de octubre 2012 (conflicto colectivo 160/2012), IL J 126/2013.

1. La empresa con 17 centros de trabajo en toda España (16 provincias, 5 comunidades autónomas). Solo existe Comité de empresa en Sevilla y en el resto, tres de ellas existen delegados de personal. La empresa notificó al Presidente de Comité de Empresa de Sevilla el inicio de apertura de consultas para la minoración del 15% del salario a la totalidad de la plantilla y la retirada de la tarjeta sanitaria. Asimismo establecía que la Comisión del Comité negociador *ad hoc* estaría formado por 5 miembros, de la Comunidad de Madrid, y uno por cada una de las restantes Comunidades Autónomas. Los representantes de los trabajadores comunicaron a la empresa, el 7 de mayo de 2012, que la Comisión estaría formada por un miembro de CGT, otro de CCOO y otro de UGT. Asimismo asistieron sendos asesores de la UGT y CGT quienes manifestaron no considerarse válidamente constituida la mesa negociadora. El periodo de consultas terminó sin acuerdo. La empresa acredita pérdidas.

2. La Sala de lo Social de la AN, recordando el contenido del art. 41.4 ET, en cuanto a la exigencia del periodo de consultas, señala que se configura tal periodo como una autentica Comisión negociadora, por ello «La empresa no puede modificar las condiciones laborales negociando con quien ella quiera, sino que ha de garantizar la pureza democrática de estos acuerdos, a través de aquellos trabajadores que están legitimados por la correspondiente cuota de voto y los trabajadores han de saber en todo momento quiénes los representan». Y recuerda la STS 23-1-12 Rec. 220/10), en cuanto señala «Las Comisiones “negociadoras” son las constituidas para modificar las condiciones de trabajo pactadas, estableciendo nuevas reglas —normas— para regir las relaciones laborales en el ámbito de aplicación del convenio; en este caso se trata de una negociación, cualquiera

que sea el nombre que se les dé, por lo que una negociación, cualquiera que sea el nombre que se les dé, por lo que deben aplicarse las reglas generales de legitimación, y en consecuencia considera el Tribunal Constitucional que todos los Sindicatos que tengan la necesaria representatividad tienen derecho a formar parte de la Comisión “negociadora” y que su exclusión atenta al principio de libertad sindical. En tanto que las Comisiones “aplicadoras” son —para la misma doctrina— las que tienen por objeto la interpretación o aplicación de alguna de las cláusulas del convenio colectivo, la adaptación de su contenido según datos objetivos y prefijados; y en tales supuestos entiende el Tribunal Constitucional que sólo están legitimadas para integrarse en estas Comisiones las partes firmantes del convenio y que la exclusión del Sindicato no pactante no viola su derecho a la libertad sindical. Doctrina constitucional constantemente recordada y aplicada por la jurisprudencia (valgan de ejemplo reciente las SSTS 01/06/07 —rco 7/06—; 15/01/08 —rco 59/06—; 13/04/10 —rco 60/09—; 09/12/10 —rco 46/09—; y 27/09/11 —rco 134/10—, que citan otras muchas anteriores), y que —como más arriba indicábamos— no puede por menos que llevar a la conclusión defendida por la sentencia que es objeto de recurso, por resultar indudable la cualidad de “reglas nuevas” a aplicar en el ámbito del Convenio Colectivo, las resultantes de “negociar” (expresión literal de la propia norma que se impugna) las medidas laborales con las que minorar el impacto sobre el colectivo de trabajadores del previsible — entonces— cese de actividad en la central nuclear afectada». Por ello la legitimación real para negociar la tiene en función de la representatividad y debe respetarse escrupulosamente el derecho a la negociación —proporcional— por parte de quienes ostentan plena legitimación. El art. 41.4 contempla dos supuestos diferenciados, empresas con representación y empresas sin representación, refiriéndose a las empresas y no los centros de trabajo, de manera que si la empresa tiene representación la comisión puede formarse de dos maneras: Por las secciones sindicales, existentes en la empresa, que así lo acuerden, siempre que ostenten la mayoría de las representantes legales de los trabajadores; y por los representantes de los trabajadores, que existan en la empresa. Por el contrario, cuando no existen representantes legales en la empresa, la comisión deberá conformarse mediante una comisión *ad hoc* de tres miembros, elegida democráticamente por los trabajadores afectados, o una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación de la misma.

La Sala de la AN (sentencia 28-9-12), ha admitido, cuando afecta a centros con y sin representaciones de los trabajadores, la constitución de una comisión híbrida, formadas por representantes legales de los trabajadores y comisiones *ad hoc*, elegidas en cada centro de trabajo sin representantes legales, siempre que la composición de la comisión se haya pactado previamente entre las partes y los representantes dispongan de un voto ponderado al número de trabajadores, que representan efectivamente, puesto que dicha fórmula asegura que la interlocución social es representativa y sus acuerdos fiables y garantiza, en todo caso, que los acuerdos, respaldados por la mayoría, se alcanzan democráticamente y con la eficacia necesaria.

En este supuesto no se ha respetado, pues se excluyó injustificadamente a los representantes legales de los centros que los tenían e impuso una comisión *ad hoc* de cinco miembros superando el límite legal de tres miembros que no fue convenida por los repre-

sentantes de los trabajadores y sus sindicatos, por lo que al no haberse llevado legalmente el periodo de consultas la modificación operada es nula».

3. El debate que analiza la sentencia lo es como constituirse la comisión negociadora al objeto del periodo de consultas, cuando existiendo centros de trabajo con representación y otros sin representación, y lo que no procede es que sin negociar con la representaciones de los trabajadores y sus sindicatos la empresa imponga una Comisión formada por 5 miembros, a los que se opusieron los sindicatos. Por ello al no estar válidamente constituida al margen de la existencia de la causa la modificación sustancial se considera nula.

F) Conflicto colectivo. Calendario laboral

STSJ Castilla y León de 21 de diciembre de 2012 (recurso de suplicación 2223/2012), IL J 203/2013.

1. El personal Subalterno de la residencia de Personas mayores de P. (Valladolid), con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2012, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras de Castilla y León, venía desarrollando una jornada especial, de lunes a domingo en turnos rotatorios de mañana (de 8 a 15 horas), tarde (de 15 a 22 horas) y noche (de 22 a 8 horas), respetando en todo caso la máxima anual prevista en el art. 65.1 del Convenio, en función de una distribución semanal media de 35 horas computadas éstas en período cíclicos. Con la entrada en vigor de dicha L. continuaron desarrollando la misma jornada laboral en turnos rotatorios y mismo horario, pero procediendo a acumular la ampliación de la jornada de 37,5 horas de promedio semanal. Conforme a la Disp. Final 27.3 iniciaron la negociación para establecer los calendarios laborales anuales no llegando a acuerdo alguno. La Junta C y L. procedió a fijar el calendario laboral.

2. La Sala de lo Social del TSJ, en primer lugar analiza la negociación de los calendarios laborales y así destaca que la Disp. Final 27ª de la L. autonómica 1/12, la cual dispone que «Dentro del mes siguiente a la entrada en vigor de dicho Título se negociarán todos los calendarios laborales que se vean afectados como consecuencia de la jornada máxima anual y se realizarán las actuaciones administrativas necesarias para el efectivo cumplimiento de lo dispuesto en el precitado Título». Tal obligación de negociar el calendario laboral debe contemplarse en la obligación empresarial de su redacción (art. 34.6 ET), pero previamente tiene que consultar a los representantes legales de los trabajadores y según lo establecido en el art. 64 ET, consiste, en «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». No se trata, por tanto, de una obligación plena de negociación, puesto que no tiene como finalidad el obtener un acuerdo entre las partes, sino que se trata simplemente, por una parte, de que los representantes legales de los trabajadores reciban información, entendiéndose por información, según el citado artículo 64, «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». La obligación de negociación implica que las partes deben intentar llegar a un acuerdo que sustituya la decisión unilateral del empresario, pero no implica, como se dice en la sentencia de instancia, que estén obligadas a dicho acuerdo. El empresario está obligado a elaborar el calendario laboral y adaptar el mismo a los requi-

sitos establecidos por la Ley 1/2012 y no existe base jurídica para concluir que el cumplimiento de esas obligaciones quede condicionado a la obtención de un previo acuerdo con los representantes legales de los trabajadores. Y es que a pesar de que la DF 27ª refiera a «negociación», no es tal pues no tienen competencia en potestad legislativa laboral y por ello es de aplicación el Convenio Colectivo.

En lo que se refiere a lo alegado por el recurrente en cuanto al incremento de jornada suprimiendo 27 días de libranza y por tal constituir una modificación sustancial, la Sala tiene en cuenta diversas circunstancias: a) Estamos ante relaciones laborales, que se rigen por las fuentes listadas en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores. La Ley 1/2012 procede de las Cortes de Castilla y León, pero la Comunidad Autónoma carece de competencias legislativas en materia de legislación laboral (artículo 49.1.7 de la Constitución). Por ello el contenido debatido de la Ley 1/2012 debe ser interpretado, dentro del orden constitucional de competencias, como una norma de autoorganización de la Administración autonómica, para la cual la Comunidad tiene plena competencia al amparo del artículo 148.1.1 de la Constitución. b) Lo anterior significa que, a diferencia de lo que puede ocurrir con los funcionarios, la Ley autonómica de autoorganización no tiene un efecto directo sobre las relaciones laborales, puesto que no está dentro del sistema de fuentes del artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores. c) La elaboración del calendario laboral es una vía posible de traslación de las decisiones organizativas del empleador, también cuando le vengan impuestas por disposiciones legales o reglamentarias. Pero dicho procedimiento no puede omitir los requisitos mínimos prescritos en el artículo 41 ET cuando el nuevo calendario incluye dentro de su contenido modificaciones de las condiciones de trabajo en materia de jornada y horarios que pueden calificarse como sustanciales. d) No obstante no puede incurrirse en exigencias puramente formales desconectadas de la función material de las mismas. Esto es, si estamos ante una modificación sustancial de naturaleza colectiva el artículo 41 ET, entonces es obligatorio que la decisión empresarial vaya precedida de un periodo de consultas de quince días (salvo que previamente se alcance un acuerdo o las partes decidan de mutuo acuerdo poner fin al mismo). Aunque la Ley llama al mismo «periodo de consultas», lo cierto es que no estamos ante la institución regulada por el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, sino ante un periodo de auténtica negociación colectiva. Aquí no se puede entender ante los hechos probados que haya existido una vulneración del art. 41 ET. e) Por lo que se refiere a la existencia de causas económicas, organizativas, productivas o técnicas que justifiquen la modificación impuesta, en este caso la causa viene predeterminada por el legislador autonómico, que ha impuesto una obligación organizativa a la Administración empleadora, cuya constitucionalidad no se ha discutido. f) En cuanto a la concreta medida de modificación, por la cual el número de horas de incremento anual se traduce en incrementos de días laborables y no en incremento de la jornada de cada uno de los días laborables, la misma se encuentra dentro de las facultades organizativas de la empresa y no se aporta argumento alguno por la cual haya de ser considerada contraria a una específica norma que impida tal tipo de distribución de la jornada anual, ni aparece rota la relación causal con la justificación de la modificación, ni tampoco figura en los hechos probados ninguno que permita deducir que tal modificación es desproporcionada o se ha utilizado para fines distintos a los previstos por el ordenamiento jurídico.

3. Desde dos perspectivas rechaza la Sala del TSJ el conflicto colectivo, una, por cuanto el mecanismo de la negociación para el calendario laboral se ha llevado a cabo

conforme las pautas de la concepción de consultas contemplado en el art. 64 ET y ello al margen de que refiera la DF 27ª a negociación pero tal no tiene competencias la Comunidad Autónoma, siendo de aplicación el Convenio Colectivo. Desde la perspectiva de la modificación sustancial (art. 41 ET), se dan los elementos de forma —negociación— y por otro lado se dan las causas económicas, organizativas, productivas y por tal desestima el recurso.

G) Cómputo de la jornada de trabajo. Sistema de fichaje. Existencia de condición más beneficiosa

STS de 19 de diciembre de 2012 (recurso de casación 209/2011), IL J 319/2013.

1. La empresa fijó un nuevo sistema digital del control de cambio de turnos con solapamiento del personal saliente y entrante comunicándolo a los sindicatos y trabajadores afectados. Desde siempre los trabajadores en los registros de entrada y salida a sus plantas respectivas mediante un sistema de tarjeta, habiendo realizado desde entonces una jornada de 8, 15 horas diarias. Una vez fichada la entrada se dirigían al vestuario donde se cambiaban su ropa de trabajo, que está catalogada como E.P.I. categoría II, dirigiéndose a continuación al puesto de trabajo, donde coinciden con el trabajador saliente los quince minutos convenidos, transcurridos los cuales el operario saliente se dirige al vestuario, donde se cambia la ropa y deja el walkie-talkie, el explosímetro y la linterna, procediendo a pasar la tarjeta de la ficha a continuación.

2. La Sala de lo Social de la AN estimó el conflicto colectivo lo que fue recurrido en casación ante el TS. Este examina en primer lugar si nos encontramos ante un condición más beneficiosa y nos recuerda la doctrina jurisprudencial de la Sala señalando que «que 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 (sentencia de 16 de septiembre de 1992, 20 de diciembre de 1993, 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual «en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho» (sentencias de 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996) y se pruebe, en fin, «la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo» (sentencia de 25 de enero, 31 de mayo y 8 de julio de 1996). «La doctrina de esta Sala es concluyente en el sentido de entender que reconocida una condición más beneficiosa esta condición se incorpora al nexo contractual y ello impide poder extraerlo del mismo 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 —siendo de aplicación en el caso las previsiones del art. 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y el art. 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar de forma unilateral—. En este sentido se ha pronunciado de forma reiterada esta Sala en diversas sentencias entre las que

pueden citarse como más recientes las SSTs de 29-3-2002 (rec. 3590/99), 20-11-2006 (rec. 3936/05), 12-5-2008 (rec. 111/07) o 13-11-2008 (rec. 146/07)». En el caso de autos determina tal existencia de una condición más beneficiosa y ni siquiera después de un conflicto colectivo se modificó el sistema. Por tanto incorporado al nexo contractual de los trabajadores y no habiendo acudido la empresa a la previsión del art. 41 ET es por lo que desestima el recurso de casación.

3. La Sala nos reitera el contenido de la condición más beneficiosa y por tal existente esta e incorporada al nexo contractual, cualquier modificación sustancial de aquella impone las exigencias formales del art. 41 ET y al no haberlo efectuado es por lo que se desestima el recurso.

H) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Reducción de jornada

STSJ Castilla-La Mancha de 29 de noviembre de 2012 (recurso de suplicación 1469/2012), IL J 285/2013.

1. La trabajadora viene prestando servicios para una empresa de limpieza a jornada a tiempo parcial y pactando una cláusula que establece e: «El trabajador acepta que el número de horas por jornada de trabajo establecidas en la cláusula segunda del presente contra, puedan ser variadas unilateralmente por la empresa con los aumentos o disminuciones en las mismas, en función de las fluctuaciones que surjan en la prestación del servicio». Desde el inicio de la relación laboral la jornada de la trabajadora ha experimentado numerosas variaciones; últimamente venía realizando una jornada semanal de 15 horas, el 13 de febrero de 2012 recibe comunicación de la empresa indicándole que a partir de dicha fecha su jornada sería de 7 horas semanales. Esta insta la extinción del contrato de trabajo indemnizada al amparo del art. art. 41.3 ET. Ello es desestimado por el Juzgado de lo Social.

2. La Sala a través del RS analiza la validez o no de al clausula señalando que «el art. 3.1. c) del ET incluye a la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo como fuente de obligaciones en la relación laboral, siendo su objeto lícito y siempre que no se establezcan en el contrato en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos.

Correlativamente, el art. 3.5 del mismo texto legal establece que los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario, ni tampoco de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo, plasmando así el principio de indisponibilidad de los derechos laborales. Si se infringen estas reglas y se pacta en algún extremo con carácter desfavorable para el trabajador respecto a lo normado en la Ley o en el convenio colectivo, se produce la nulidad parcial del contrato de trabajo, lo que implica la subsistencia del resto de lo pactado y la necesidad de completar el contrato con los preceptos jurídicos adecuados, a tenor del art. 9.1 del ET, lo que se ha denominado nulidad parcial coactiva o imperativa (sentencia del TS de 10- 2-09)». Sin embargo la cláusula objeto de conflicto entiende que es válida, lo que se ha reiterado en otras SS de la Sala y por ello no se trata de ninguna modificación sustancial de condiciones de trabajo y por tal no resulta necesario ajustarse a las previsiones del art. 41 ET y es que nos

encontramos ante una novación modificativa impropia (art. 1203.1 CC) y sobre la misma ha señalado la STS 18 de enero de 2007 (RJ 2007, 508) recoge la doctrina de la Sala 2ª del mismo Tribunal, indicando: «Como ha dicho la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sus sentencias de 16 de marzo del 2006(RJ 2006, 5724), 9 de enero de 1992 (RJ 1992, 176), y 4 de abril de 1990(RJ 1990, 2697), la «novación modificativa o impropia, como su denominación implica, no tiene efectos extintivos, sino únicamente de simple cambio o alteración de alguno de los aspectos no fundamentales en cuanto a su carácter y naturaleza, del negocio y obligación por ella aceptado, razón por la cual el contrato en cuestión se mantiene aún modificado en alguno de sus aspectos». Y la sentencia de la misma Sala de 30 de mayo del 2003(RJ 2003, 4803) determinó que la novación modificativa o impropia «no extingue las obligaciones sino que las varía únicamente en el aspecto a que afecta la modificación».

3. La sentencia dando validez a la cláusula que confiere al empresario la facultad de modificar la jornada, ello supone una novación modificativa o impropia pues aun siendo sustancial existe acuerdo entre trabajador y empresario expresado en la clausula y por tal no estamos ante modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41.

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) E.T.**
 - 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-Jurisprudencia*, números 1 a 3 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

Conforme a la **STS de 18 de diciembre de 2012, IL J 132** (rcud 1117/2012) 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, 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.

La **STS de 22 de enero de 2013, IL J 320** (rcud 1643/2012) resuelve asimismo otro supuesto de extinción de un contrato de obra o servicio. En este caso, se cuestiona la validez del recibo de finiquito como presupuesto de la aceptación de tal extinción por parte del trabajador.

Al respecto, el alto tribunal trae a colación la reiterada doctrina de la Sala IV:

«La Sala ha admitido la posibilidad de que este tipo de documento incorpore la exteriorización de la voluntad liberatoria y extintiva de las partes. Pero también ha advertido que no puede otorgárseles unos efectos preestablecidos y objetivados, de modo que aquella eficacia se imponga en todo caso, abstracción hecha de las circunstancias y condicionamientos que intervienen en su redacción (así lo resume la STS de 18 de noviembre de 2004 —rcud. 6438/2003—, citada en ambas sentencias comparadas).

Hemos distinguido, pues, los efectos extintivos y los liquidatorios, al comprender el finiquito la declaración de que el contrato ha quedado extinguido por mutuo acuerdo del trabajador y empresario, así como el saldo de cuentas que es, al propio tiempo, recibo de cantidad y declaración adicional de que las partes nada se deben entre sí tras él como consecuencia del contrato (STS de 11 de noviembre de 2010 —rcud. 1163/2010—, y 7 de junio de 2012 —rcud. 3158/2011—).

Por lo que afecta a las consecuencias sobre la extinción de la relación laboral, en la STS de 19 de octubre de 2010 —rcud. 270/10— —recordada en la más reciente de 12 de junio de 2012 (rcud. 3554/2011)— precisábamos que, “para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato, debe incorporar una voluntad unilateral del trabajador, un

mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario”.

De ahí que haya que negar tal efecto al finiquito cuando, como en el caso presente, ya se ha producido un acto empresarial, unilateral, de poner fin a la relación. Así lo entendimos también el caso de la STS de 7 de junio de 2012 (rcud. 3158/2011), en que decíamos: «No procede atribuir ninguna virtualidad extintiva al hecho de que el trabajador haya firmado el citado documento ya que fue la empresa y no el trabajador la que decidió unilateralmente extinguir el contrato, procediendo seguidamente a suscribir el trabajador al documento de saldo y finiquito...”.

Es claro que el finiquito suscrito por las partes no respondía a ninguna función transaccional, que solventara una eventual discrepancia ulterior a la decisión empresarial extintiva ya adoptada. Al respecto resulta relevante el que la cantidad a la que se refiere el recibo fuera única, sin desglose ni particular mención de los conceptos a los que obedecía. La empresa siguió manteniendo en el acto del juicio que el contrato se había extinguido por la terminación de la obra. Por ello, el finiquito solo podía tener valor liquidatorio, pero no extintivo, pues la extinción ya se había producido sin acuerdo de voluntades de las dos partes».

No es óbice para el ejercicio de las acciones resolutorias por incumplimientos empresariales, consistentes en los retrasos en el abono de las retribuciones a lo largo de nueve meses [art. 50.1 b) ET], la tramitación de un ERE o concurso posterior (**STS de 3 de diciembre de 2012**, IL J 141 [rcud 612/2012]). Por su parte, la **STS de 18 de febrero de 2013**, IL J 273 (rcud 886/2012) establece que el incumplimiento del empleador, quien ha desatendido de forma voluntaria, grave y reiterada (durante todo un año) su deber de abonar el complemento de mejora del subsidio de IT pactado en convenio, constituye justa causa de extinción del contrato de trabajo tipificada en el art. 50.1 c) del Estatuto («cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones»).

En el supuesto de la relación laboral especial de los penados, la **STS de 11 de diciembre de 2012**, IL J 147 (rcud 3532/2011) señala que la decisión administrativa que pone fin a la misma, aunque no se trate de un despido, no está exenta de motivación y de la necesaria causalidad de la ruptura del vínculo contractual. Por tanto, la comunicación del cese basada exclusivamente en la remisión al art. 10.2 f) del RD 782/2001, es decir, limitada a los fundamentos de derecho del acto administrativo que acuerda la extinción de la relación laboral, sin conexión con los hechos sobre los que se aplica la normativa invocada, impide el conocimiento por parte del trabajador de la causa de tal decisión y genera indefensión al administrado. Todo ello lleva al tribunal a considerar que el acto extintivo no fue conforme a derecho y, en tanto que fue nulo, la relación laboral especial debe reponerse al momento anterior de su extinción.

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], se refiere la **STS de 16 de noviembre de 2012**, IL J 55 (rcud 3904/2011). En este caso, un trabajador agrícola agredió al encargado de la recolección, quien había recriminado al primero sus repetidas

interrupciones en el trabajo por el uso del teléfono móvil. A consecuencia de estos hechos, el trabajador fue despedido verbalmente ese mismo día. Al cabo de un tiempo de celebrarse la conciliación con avenencia, al ofrecer la empresa y aceptar el trabajador la readmisión con abono de los salarios dejados de percibir, la empresa entregó carta de despido al actor por las causas antes descritas. Planteada demanda por despido se declaró la improcedencia del cese por superación del plazo para proceder a un nuevo despido. Recurrida dicha sentencia en suplicación, se confirmó la decisión de instancia. Recurrida por la empresa, denunciando infracción del artículo 55.2 del Estatuto, el alto Tribunal determinó la inaplicación del plazo de 20 días de dicho precepto, en cuanto que la readmisión y abono de los salarios devengados dejó sin efecto el primer despido verbal del trabajador. Restablecida entonces la relación de trabajo, el nuevo despido se produjo por carta de 3 de septiembre, decisión que no está vinculada al plazo de 20 días del artículo 55.2 del Estatuto. Sobre la posible prescripción de la falta, la decisión de sancionar es patente desde el despido verbal, de manera que el plazo de prescripción estuvo interrumpido desde ese día hasta que se pactó en conciliación la readmisión, para luego volver a correr desde esa fecha hasta la comunicación del nuevo despido, por lo que no alcanza el plazo de sesenta días del artículo 60.2 del Estatuto. Resueltas las cuestiones procesales, el tribunal calificó el despido como procedente, basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, al que se refiere el art. 54.2 c) ET, ya que la agresión se cometió sin que se hubiera acreditado la concurrencia de circunstancias que pudiesen, si no justificar, al menos matizar dicho comportamiento del trabajador.

De la transgresión de la buena fe contractual [art. 54.2.d) ET] trata la **STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2012**, IL J 69 (recurso 3514/2012). En este caso, se declaró la procedencia del despido, dada la falta de diligencia grave que afectaba a los deberes esenciales del puesto de trabajo, además de que la demandante consignó haber realizado una verificación que realmente no había llevado a cabo. Asimismo, declara la procedencia del despido por transgresión de la buena fe contractual la **STSJ de Cataluña de 2 de julio de 2012**, IL J 114 (recurso 1817/2012). Dada la gravedad de la conducta y de los perjuicios causados a la empresa, consistente en la revelación de datos de salud relativos a la enfermedad del SIDA en determinados pacientes, no cabe la aplicación de la teoría gradualista.

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 interpretación de la causa de despido económico o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [art. 52.c) ET] se plantea en la **STSJ de Madrid de 7 de septiembre de 2012**, IL J 61 (recurso 2899/2012). En ella se analiza la improcedencia de la extinción contractual por falta de cesación total de la actividad, como demuestra la carta notificada por el empresario a la trabajadora, expresando su voluntad de continuar la actividad empresarial pese al cierre del negocio («bastándome en mi condición de autónomo, para afrontar las actuaciones futuras que corresponde a mi negocio»). La causa de que se vale el empresario para despedir a la trabajadora es la económica del apartado c)

del artículo 52 y, en este sentido, el empresario demandado debió demostrar, y no lo ha hecho, esas pérdidas a las que apunta en su carta que justifiquen el despido económico, además de que no puso a disposición de la trabajadora (simultáneamente a la entrega de comunicación de cese por causas objetivas) la indemnización legal correspondiente, ni justificó su falta de abono.

La **STS de 31 de enero de 2013**, IL J 261 (rcud 709/2012) trata de determinar si la finalización de una contrata, seguida de otra con la misma empresa en la que es menor el encargo, justifica la amortización de los puestos de trabajo sobrantes (art. 52 c) ET). En este supuesto resulta acreditada la racionalidad de la medida, en aras de la eficacia de la organización productiva, dada la disminución del volumen de la contrata, su importe, el número de trabajadores de la empresa y la ratio productores/encargados de zona. Por tanto, es procedente la extinción por causas objetivas del contrato de la actora.

B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación

La **STSJ de Madrid de 22 de junio de 2012**, IL J 105 (conflicto colectivo 20/2012) declaró la nulidad de la decisión extintiva adoptada por la empresa sobre la totalidad de trabajadores de la plantilla, al no respetarse las previsiones legales relativas a la entrega de documentación acreditativa de las pérdidas y de la situación económica negativa, ni en el período de consultas, ni previamente en la comunicación para iniciarlo.

La Sala fundamenta su decisión en los términos siguientes (FJ 5.º):

«Las causas y explicaciones que sirvieron a la empresa para acudir al despido colectivo de la totalidad su plantilla no tienen soporte en documental alguna ni se ha aportado a la representación de los trabajadores en ningún momento del período de consultas en base al acta final remitido a la autoridad laboral, pese a que fue solicitada expresamente por los representantes de los trabajadores, según se consigna en el acta del 28 de febrero de 2012, limitándose la patronal a fijar su posición inamovible en el sentido de extinguir la totalidad de los contratos de trabajo de la plantilla. También fue requerida la empresa, habida cuenta de la edad superior a los 50 años de varios de los trabajadores afectados, acerca de los obligatorios planes sociales de acompañamiento, medidas de recolocación y reciclaje profesional para mejora de la empleabilidad, manteniendo la empresa la misma postura renuente intentando agotar cuanto antes el período de consultas sin aportar nada sobre este extremo».

Respecto de la determinación de los límites entre despido colectivo (que determina la tramitación de un expediente de regulación de empleo) y el individual objetivo trata la **STS de 23 de enero de 2013**, IL J 237 (rcud 1362/2012). El alto tribunal casa la sentencia recurrida, al computar el período de noventa días con una escala móvil que supone tener en cuenta períodos de tiempo pasados y venideros en contra de lo señalado por la doctrina de la Sala, así como de la literalidad de la Ley (que determina que el cómputo de noventa días es sucesivo, esto es, que cuando acaba uno empieza el otro, pero no cabe mezclar unos períodos con otros).

En este sentido, la Sala señala conforme a la doctrina sentada anteriormente:

«La cuestión planteada ha sido ya unificada por esta Sala en favor de las tesis mantenidas por la sentencia de contraste. En nuestra sentencia de 23 de abril de 2012 (Rcud. 2724/2011), cuyo criterio debemos mantener en aras al principio de seguridad jurídica, al no ofrecerse razones que justifiquen un cambio de doctrina, esa solución la justificamos diciendo: “Una interpretación lógico sistemática del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores nos muestra que el mismo, a efectos de definir el despido colectivo y diferenciarlo del individual, establece en su primer párrafo una norma general, mientras que en el último sienta una norma antifraude, encaminada a evitar la burla de la regla general. La norma general se conecta con el número de extinciones contractuales producidas “en un período de noventa días”, término cuyo cómputo constituye la causa de este recurso. La regla antifraude se contiene en el último párrafo del precepto interpretado donde se dispone: “Cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52, c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto”.

“Ante la literalidad del precepto una primera aproximación nos muestra que el día del despido va a ser el día final del plazo (el *dies ad quem*) para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial (*dies a quo*) para el cómputo del período de los noventa días siguientes. Esta interpretación de un precepto que mejora los límites establecidos al respecto por el artículo 1 de la Directiva 98/59, de 20 de julio, del Consejo de las Comunidades Europeas, tiene su base en la literalidad de la norma: Si el despido es colectivo cuando sobrepasa determinados límites, es claro que el *dies ad quem* para el cómputo de los noventa días debe ser aquél en el que se acuerda la extinción contractual, por ser el día en el que se superan los límites que condicionan la existencia del despido colectivo, figura que no existe, que no se da hasta que el número de extinciones supera los límites del cálculo matemático que establece la norma. Apoya esta solución el hecho de que el futuro no se conoce y de que es muy difícil que el legislador de pautas para presumir y sancionar lo que alguien hará o lo que piensa hacer. Por ello, se fija el *dies ad quem* coincidiendo con la fecha en que se acuerda la extinción, en la fecha en la que los hechos son ciertos y sin género de dudas se puede calificar si el despido es colectivo con arreglo a la ley y no con arreglo a un futuro incierto, pues la norma trata de generar seguridad jurídica y no incertidumbres”.

“Abona esta respuesta el último párrafo del art. 51.1 del E.T. que, al decir “Cuando en períodos sucesivos de noventa días... la empresa realice extinciones...”, nos indica que el cómputo debe hacerse por períodos “sucesivos” de noventa días, lo que supone que no cabe un cómputo variable (cambiable o movable) del período de noventa días, sino que debe fijarse un día concreto para determinar el día inicial y el final de cada período con la particularidad de que el día final de un período constituye el *dies a quo* para el cómputo del siguiente. Si ello es así, la solución no puede ser otra que la apuntada: el día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer período de noventa días y el inicial del siguiente”».

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN
Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

Sobre la posibilidad de apreciar la caducidad de la acción de despido, por la Sala de suplicación, cuando dicha acción no fue planteada ni debatida en la instancia, trata la **STS de 26 de noviembre de 2012**, IL J 58 (rcud 3772/2011). A juicio del alto Tribunal, la respuesta es afirmativa a tenor de la doctrina sentada en la STS de 4 de octubre de 2007 (rcud 5405/2005).

A tal efecto, la Sala razona:

«... parece lógico entender que en aquellos temas o cuestiones que pueden ser apreciados de oficio por los Tribunales, difícilmente puede ser tomada en consideración la interdicción de la alegación de cuestiones nuevas en el recurso o recursos, salvo supuestos muy determinados y específicos ajenos al caso de que se trata en esta litis. Este criterio se basa en las siguientes razones:

a) Como se ha dicho poco más arriba, el rechazo de la formulación de cuestiones nuevas en el recurso, se funda en el principio de justicia rogada que conforma el proceso judicial español. Ahora bien, si un determinado tema puede ser examinado por los Tribunales, de oficio, con respecto a él no rige este principio, pues se trata de una excepción al mismo; y si en relación con ese tema no se aplica este principio procesal, falta el fundamento esencial para poder apreciar la existencia de cuestión nueva.

b) Si la cuestión podía ser examinada de oficio por el Juez de instancia, ello significa que el mismo debía haber procedido a su examen; con lo cual, no parece lógico sostener que la alegación de ese tema en el recurso constituya una cuestión nueva, cuando el mismo se encontraba dentro del espacio sobre el que había tenido que incidir la decisión del Juez.”

3. Ciertamente es, no obstante, que a esta doctrina, la misma sentencia, en el apartado 4 del mismo fundamento jurídico cuarto, adiciona en relación con el concreto caso, que resuelve, pero también útil aquí, las siguientes precisiones:

“a) Para que el Juez o Tribunal pueda declarar de oficio la caducidad de la acción de despido, es de todo punto obligado que en el proceso hayan quedado probados con claridad y certeza los hechos base de la misma, de forma tal que no exista duda alguna de que tal acción ha caducado por concurrir los requisitos necesarios para la apreciación de dicha caducidad. Si esos hechos, datos o elementos no han quedado debidamente acreditados o es dudosa su existencia, el Juez o Tribunal no puede apreciar de oficio tal caducidad, pues no existe base para ello, y por consiguiente si lo hace se arriesga a adoptar una decisión equivocada y contraria a derecho, con manifiesta indefensión del trabajador demandante.

Y este criterio es totalmente aplicable a aquellos casos en que, como aquí acontece, la empresa demandada alega la excepción de caducidad por vez primera en el recurso de suplicación; y así resulta que sólo puede formular válida y eficazmente tal alegación en el recurso, cuando en la sentencia de instancia hayan quedado plenamente acreditados los hechos sobre los que se funda dicha caducidad. Si no aparece claramente esa constancia fáctica, tal alegación carece totalmente de efectividad y el Tribunal está obligado a desestimar tal pretensión impugnatoria de la sentencia de instancia».

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

De las resoluciones judiciales que declaran la procedencia del despido disciplinario cabe destacar la **STSJ de Castilla y León de 5 de diciembre de 2012**, IL J 204 (recurso 1691/2012), que desestima el recurso formulado por la trabajadora y confirma el fallo de la instancia. La actora efectuó durante su jornada laboral miles de accesos a Internet, superando la media estadística de la empresa, quedando acreditado que el 70 por cien de las páginas a las que accedía correspondían a categorías ajenas a su actividad. El despido no puede ser calificado de nulo en tanto que la empleadora no ha vulnerado el derecho a la intimidad de la actora, quien accedió a Internet en contra de las instrucciones de la empresa.

La Sala argumenta en su FJ 4.º:

«Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, ya recogida en la sentencia de instancia, fundamentalmente en la reflejada en sentencia de 6 de octubre de 2011, puede concluirse que la empresa no ha violado el principio de intimidad de la actora, pues aquella había establecido un Código de Conducta Informática, había advertido a sus trabajadores, incluida la actora, mediante correos electrónicos de 2007 y 2008 la prohibición del uso de Internet para usos personales ajenos al trabajo y, además, en dicho código se incluía la advertencia de que “todas las páginas de Internet a las que accedan los trabajadores de IMESAPI SA son registradas y almacenadas por el período legal establecido (dos años). La información almacenada incluye entre otras informaciones: usuario, equipo, fecha, hora, página visitada...”. En consecuencia, no existía duda para los trabajadores de la falta de tolerancia de la empresa sobre el uso personal de Internet, habiéndosele advertido, además, que se almacenarían las páginas web en que entrara. A pesar de la referida prohibición, la trabajadora ha hecho uso personal de los medios informáticos, habiendo estimado el Tribunal Supremo que en esos casos no puede exigirse que al control realizado por la empresa se le imponga el respeto a la intimidad porque, al no existir una tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo».

La sentencia contiene un voto particular que señala la necesaria idoneidad y proporcionalidad de la prohibición impuesta, así como que las sanciones deberán graduarse según la vulneración de que se trate. Dado que la empresa tan solo ha acreditado el incumplimiento de la prohibición para justificar el despido pero no la afectación sobre la necesidad de reserva del ancho de banda, necesario para determinar, en caso de ilicitud de la conducta, la proporcionalidad de la sanción de despido, el despido debió ser declarado improcedente.

En el supuesto de un despido colectivo por causas económicas y productivas, la **SAN de 18 de diciembre de 2012**, IL J 19 (conflicto colectivo 257/2012), declaró la procedencia del mismo, promovido por un grupo de empresas a efectos laborales, donde se entregó documentación suficiente y se logró el acuerdo con el 77 por cien de los representantes de los trabajadores. El período de consultas no incumplió las exigencias del artículo 51 del Estatuto, pues se ha probado que todos los sindicatos presentes admitieron la negociación global y constituyeron una comisión, compuesta por todas las secciones sindicales de las diferentes empresas, que representaban a la totalidad de los trabajadores afectados, ya que la extinción colectiva afectaba a todos los contratos de trabajo de todas las empresas del

grupo. Finalmente, concurría causa económica y productiva ya que, pese a que el grupo consolidó beneficios, ha acreditado reducciones millonarias de ingresos o ventas, y ha acreditado una serie de pérdidas previsibles en 2012 y 2013, con la pérdida de sus principales clientes. La empresa también cumplió con la obligación de acreditar la concurrencia de relación de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre la causa económica y productiva y las extinciones contractuales.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

De la improcedencia del despido, por incumplimiento de los requisitos previstos en convenio para los representantes de los trabajadores, trata la **STS de 25 de septiembre de 2012**, IL J 22 (rcud 4085/2011). En este caso, debió aplicarse el procedimiento sancionador previsto en el artículo 72 del convenio colectivo básico estatal de las Industrias Cárnicas.

Al respecto, la Sala razona:

«Como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en su informe, la exigencia de nombramiento de Instructor y Secretario imparciales “no es balad^r”; responde a la necesidad de garantizar la pureza del procedimiento sancionador, designando a personas imparciales que sin perjuicios puedan tramitar con solvencia el expediente, haciendo constar en el mismo todas las circunstancias, tanto favorables como desfavorables, así como apreciar la pertinencia de las pruebas que se pudieran proponer.

En el supuesto enjuiciado al no nombrar la empresa un secretario y un instructor imparciales, la propia empresa se ha autoatribuido las funciones de instructor, secretario y órgano sancionador, privando al expediente contradictorio de todo contenido, en un supuesto como el presente en que concurre además la circunstancia de que existía en la empresa un solo delegado sindical, el expedientado, y que era de imposible cumplimiento dar audiencia a “los demás miembros del comité de empresa o delegados sindicales”, lo que obligaba a extremar el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 72 de la norma convencional. El incumplimiento de aquellos requisitos como expresamente señala el precepto, implicará la nulidad de la sanción impuesta».

Declarada la improcedencia del despido por el tribunal se condena a la empresa a que, a opción del trabajador, en cuanto representante de los trabajadores, proceda a la readmisión del demandante en las mismas condiciones antes de producirse el despido, o al abono de la indemnización correspondiente, junto con los salarios dejados de percibir en ambos casos.

B) La indemnización: cuantía y cálculo

La **STS de 10 de diciembre de 2012**, IL J 24 (rcud 70/2012) trata de dilucidar la cuestión relativa a si los salarios de tramitación, consecuencia legal de la declaración de improcedencia del despido, deben comprender o no la retribución correspondiente al prolongado

tiempo de suspensión del procedimiento (de casi tres meses), consecuencia de haber sido concedido al actor un plazo de cuatro días para subsanar los defectos de la demanda.

Para la Sala:

«Pues bien, una vez que en el caso de autos ni tan siquiera se ha insinuado la posible existencia de ese abuso del derecho, y que antes bien consideramos —como se verá— que una interpretación antiformalista de los requisitos de la demanda hubiese permitido la continuación del acto de juicio sin riesgo de indefensión alguna para la demandada, y que el alegato de defectuosa formulación por ésta no se hallaba razonablemente justificado, no solamente excluimos la existencia de ese inalegado «abuso de derecho», sino que apreciamos finalidad dilatoria en la excepción formulada por la empresa e innecesaria la subsanación del escrito rector acordada por el Magistrado, de forma que —y esta es la conclusión— en el caso de que tratamos ha de imperar la regla general de que el trabajador no pierde su derecho a la íntegra percepción de los salarios de trámite, desde la presentación de la demanda y hasta la notificación de la sentencia declaratoria de improcedencia del despido».

La **STS de 5 de febrero de 2013**, IL J 265 (rcud 1314/2012) analiza el importe y alcance de los salarios de tramitación en casos de despido reconocido como improcedente. Se trata de decidir si dichos salarios han de limitarse a la fecha en la que los trabajadores rechazaron la readmisión ofrecida por el empresario en el acto de conciliación administrativa o si, una vez producido el rechazo de dicha oferta, los salarios de trámite han de extenderse hasta el día en el que se notificó la sentencia de instancia confirmando la improcedencia de los despidos. A juicio de la Sala, prevalece la segunda de las opciones planteadas.

C) Derecho de opción

Sobre la imposibilidad de ejercer el derecho de opción debido al fallecimiento del trabajador trata la **STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2012**, IL J 80 (recurso 3138/2012). En este caso, el precepto convencional que establecía la jubilación forzosa incumplía los requisitos establecidos en la Disposición Adicional Décima, apartado a) del Estatuto de los Trabajadores (ya que no se contiene objetivo alguno relativo a favorecer la política de empleo), por lo que la Sala concluyó que no era válida la extinción del contrato de trabajo, con la consiguiente calificación de improcedencia del despido. Por tanto, esta extinción injustificada del contrato antes del fallecimiento, por la sola voluntad del empresario, comporta una serie de responsabilidades y determina que el trabajador se convierta en acreedor de una serie de derechos de resarcimiento, que en este caso deberán abonarse a los herederos.

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La **STS de 25 de enero de 2013**, IL J 166 (rcud 1144/2012) declara la nulidad que no improcedencia del despido de una trabajadora con jornada reducida por razón de guarda legal del menor.

Al respecto, la Sala argumenta acerca de la nulidad objetiva prevista en el artículo 55.5 b) del Estatuto:

«La Sala estima que la doctrina correcta es (...) la misma interpretación fijada para estos casos por nuestra doctrina unificada, establecida en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 30 de abril y 6 de mayo de 2009 (Rcud. 2428/08 y 2063/08), doctrina constitucional que esta última sentencia resume así:

“a) La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [art. 14 CE], por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos [el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, protegido por art. 40.2 CE; o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos, referido por el art. 39 CE].

b) Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que —de hecho— el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante —junto a la desigualdad retributiva— con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales.

c) La protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 [con la redacción que más arriba se ha reproducido] se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía; es más, el ámbito temporal de la garantía, referida a «la fecha de inicio del embarazo» [en autos, coincidente con el despido, conforme a los hechos declarados probados], por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha —a la que se retrotrae la protección— ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo.

d) La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener —legítimamente— preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer.

e) Todo ello lleva a entender que el precepto es “configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación”. Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento —en este punto de protección objetiva— de la Directiva 92/85/CEE [19/Octubre/92] de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba «superando los niveles mínimos de protección» previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma EM haga referencia

al “despido motivado” por el embarazo, porque aún siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios [por razón de embarazo], esa “finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre”».

Asimismo, el despido de la actora fue declarado nulo, de conformidad con lo establecido en el artículo 55.5 b) del Estatuto, en la **STSJ de Castilla y León de 17 de octubre de 2012**, IL J 182 (recurso 1468/2012). En este supuesto, la Sala estimó que la actora no había incurrido en incumplimiento contractual, que fue causa de despido disciplinario, por la prestación de servicios sanitarios en otra entidad durante la excedencia por cuidado de hijo contemplada en el artículo 46.3 del Estatuto. A juicio del tribunal, dicha excedencia “no impone la obligación del excedente de abstenerse de prestar servicios en la misma o en distinta actividad para otro empleador, obligación que sólo surgiría de acuerdo con lo convenido en materia de pacto de plena dedicación, pacto ese aquí inexistente. Por lo demás, ni el trabajo a media jornada resulta manifiestamente incompatible con la finalidad de la excedencia mencionada, ni el empresario tiene la potestad de decidir cómo y cuándo debe cuidar de su hijo la mujer trabajadora”.

La existencia de vulneración de la garantía de indemnidad se analiza en la **STS de 29 de enero de 2013**, IL J 252 (rcud 349/2012). Se trata de un supuesto de contratación temporal de una trabajadora cuya prestación de servicios no está asociada al objeto del contrato, que es cesada tras haber reclamado la relación laboral indefinida ante la Administración. La aplicación de la doctrina reiterada de la Sala 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.

M.^a CARMEN ORTIZ LALLANA
BEGOÑA SESMA BASTIDA
INMACULADA BAVIERA PUIG

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. LIBERTAD SINDICAL.

- A) **Libertad sindical. La protección se hace extensiva a quienes se presentan candidatos a las elecciones sindicales.**
- B) **Derecho de libertad sindical. Vulneración. Exclusión de acuerdo de empresa a través de un nuevo acuerdo suscrito con una sección sindical que no cuenta con mayoría en el comité.**
- C) **Composición de las comisiones de trabajo del comité de empresa. Inexistencia de vulneración de la libertad sindical.**

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA.

A) **Funcionamiento.**

- a) Composición de las comisiones de trabajo de los Comités de Empresa.

B) **Duración del mandato representativo. a) Revocación del mandato.**

3. CONFLICTO COLECTIVO.

- A) **Incompetencia de jurisdicción.**
- B) **Inadecuación de procedimiento.**
- C) **Falta de legitimación activa.**

4. HUELGA.

- A) **Huelga y libertad de Expresión.**
 - B) **Fijación por el empresario de Servicios Mínimos sin audiencia del Comité.**
 - C) **Servicios de mantenimiento y seguridad.**
-

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1, 2 y 3 de la *Revista de Información Laboral-Jurisprudencia*.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Libertad sindical. La protección se hace extensiva a quienes se presentan candidatos a las elecciones sindicales

Durante los meses que engloba esta crónica jurisprudencial, varias sentencias analizan la calificación que ha de merecer el despido de un trabajador que se ha presentado como candidato a las elecciones sindicales.

En supuestos en los que el bien jurídico protegido reviste especial importancia, y ante la dificultad de acreditar determinados hechos, el legislador facilita la labor de la parte que ostenta la carga de la prueba. Una de estas reglas es la contenida en art. 96.1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE 11-10-2011, n.º 245), de acuerdo a la cual *«en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad»*.

La exigencia procesal que pesa sobre el demandante se concreta en la aportación de un indicio de discriminación y no una prueba plena de la misma. La prueba plena ha de ser entendida como la demostración fehaciente de la existencia de algo, frente al indicio que implica la acreditación de un hecho que permite deducir la existencia de otro. Basta, por tanto, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto el motivo de la decisión empresarial. Para ello, no es suficiente una mera afirmación tildando dicha decisión de discriminatoria, sino que se ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del juez sobre la existencia de hechos atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad. Pues bien, sembrado el panorama indiciario, recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para fundar la decisión empresarial, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios.

En el supuesto enjuiciado por la **STSJ Cataluña 18 de septiembre de 2012**, IL J 172/2013, en el que la trabajadora venía prestando servicios para el Ayuntamiento de Sitges desde el año 2006 a través de una sucesión de contratos temporales. En mayo de 2010, se afilió a UGT y poco después fue nombrada secretaria de acción sindical y prevención laboral de la concreta sección sindical. Y como tal, mantuvo conversaciones con numerosas personas del Ayuntamiento, organizó asambleas de afiliados a UGT, reservó salones, etc.

Promovidas elecciones sindicales, la trabajadora encabezó la lista de UGT, aunque su candidatura no llegó a presentarse formalmente. En efecto, el 27-7-2011 se constituyó la mesa electoral, que fijó del 12 al 21 de septiembre el período de presentación de candidaturas. El problema es que, para entonces, la trabajadora ya no prestaba servicios en la empresa, pues con efectos de 31-8-2011, se procedió a su despido por causas objetivas; si

bien, en la misma carta de despido, la empresa reconoció la improcedencia del mismo y consignó en esa fecha la indemnización legal correspondiente.

En el acto del juicio, se demostró que la empresa tenía conocimiento de que la trabajadora había sido nombrada secretaria de acción sindical, pues así lo había comunicado formalmente el sindicato. Además, mediante la prueba testifical, se acreditó que la empresa también conocía la voluntad de la trabajadora de presentarse a las elecciones sindicales, aunque no se le hubiera notificado de forma expresa, dado el desarrollo del proceso electoral.

Teniendo en cuenta, de un lado, la proximidad temporal entre el cese en el trabajo y la presentación de la candidatura —dato que era conocido por la empresa— y, de otro, que la propia empresa había admitido la inexistencia de causa objetiva, reconociendo la improcedencia del despido, el Tribunal considera que no ha quedado acreditado que el despido fuese completamente ajeno a todo propósito discriminatorio. Por ello, concluye que la decisión extintiva ha de ser calificada como nula, al no haber acreditado la empresa la objetividad y la razonabilidad de la medida.

A similar conclusión llega la **STSJ Asturias de 9 de noviembre de 2012, IL J 188/2013**. En este concreto supuesto, la trabajadora prestaba servicios como auxiliar sanitaria en una residencia de ancianos y fue despedida pocos días después de que la empresa tuviera conocimiento de que se presentaba como candidata a las elecciones sindicales. Los hechos del caso son tan elocuentes que merecen ser relacionados con detalle:

— El 22-12-2011, CCOO promovió elecciones sindicales, lo que se comunicó a la empresa cinco días después.

— El 23-1-2012, la trabajadora se presentó como candidata a las elecciones sindicales y tal candidatura fue proclamada.

— Un día después, el 24-1-2012, el hijo de uno de los residentes presentó a la empresa una queja contra la trabajadora por el trato dado a su padre. De hecho, esta misma persona había presentado dos quejas más contra esta trabajadora con anterioridad.

— El 25-1-2012, la empresa notificó a la trabajadora pliego de cargos en el que le imputaba la participación, por negligencia, en la caída de la cama de una anciana residente sucedida el 26-11-2012.

— El 27-1-2012 se celebraron elecciones sindicales y la trabajadora no salió elegida.

— El 2-2-2012, la empresa impuso a la trabajadora suspensión de empleo y sueldo durante 30 días por el hecho sucedido el 26 de noviembre. Esta concreta sanción fue revocada por el Juzgado de lo Social.

— El 16-2-2012, la empresa notificó a la trabajadora pliego de cargos por los hechos referidos en la queja presentada el 24 de enero.

— El 2-3-2012, la empresa notificó a la trabajadora carta de despido disciplinario, con efectos del día 7 de ese mismo mes de marzo.

Partiendo de tales hechos, el Tribunal considera que se han sembrado suficientes indicios de discriminación: Con anterioridad a presentarse como candidata a las elecciones, la trabajadora no había sido sancionada en ningún momento y, una vez presentada la candidatura, es objeto de dos sanciones sucesivas. De hecho, la primera sanción se

notifica solo dos días después de proclamarse la candidatura y se refiere a un incidente ocurrido casi dos meses antes, a pesar de tratarse de un hecho simple conocido por la empresa desde su acaecimiento. La segunda sanción se basa en la queja del hijo de uno de los residentes, pero sorprende que ninguna de las quejas anteriores suscitara reacción alguna de la empresa. Esta inactividad, en opinión del Tribunal, evidencia que la empresa no les concedió importancia, ni potencialidad disciplinaria y, sin embargo, después de las elecciones sindicales una queja similar provoca el despido.

Sembrado este panorama indiciario, y al no probar la empresa la razonabilidad y la proporcionalidad de la decisión extintiva, el Tribunal concluye que la consecuencia es, por tanto, la nulidad y su efecto la readmisión inmediata de la trabajadora con abono de los salarios dejados de percibir. No reconoce el Tribunal, sin embargo, el derecho a una indemnización adicional por el daño moral causado, pues la reclamación no contenía las bases y elementos clave de dicha reclamación.

La **STSJ Galicia 22 de noviembre de 2012**, IL J 332/2013, por el contrario, considera que el cese de la trabajadora tiene carácter procedente, pues de los hechos declarados probados no pueden desprenderse indicios de discriminación. En este concreto supuesto, la promoción de elecciones sindicales se produjo en septiembre cuando ya en julio se había advertido a la trabajadora que su contrato se extinguiría el 31-12-2011 por falta de fondos. Por tanto, el Tribunal entiende que la extinción del contrato de trabajo no puede vincularse a la presentación de la candidatura. A mayor abundamiento, y con base en el mismo motivo, la empresa había cesado a otra trabajadora de la que no constaba su afiliación sindical y no se había acreditado que otros miembros de la candidatura de UGT hubiesen sido también cesados. Por tanto, el Tribunal concluye que no existen indicios suficientes para entender que el cese de la trabajadora obedece a un propósito discriminatorio, por lo que se considera fundado en causa legítima.

B) Derecho de libertad sindical. Vulneración. Exclusión de acuerdo de empresa a través de un nuevo acuerdo suscrito con una sección sindical que no cuenta con mayoría en el comité

En el supuesto enjuiciado por la **STS de 24 de enero de 2013**, IL J 222/2013, la actividad de la empresa se centra en la distribución al por menor de productos alimenticios, rigiendo sus relaciones laborales el convenio colectivo provincial de minoristas de alimentación. En dicho convenio se regulan los temas referidos al tiempo de trabajo, pero no se prevé cuál es el tratamiento compensatorio que se debe dar al trabajo realizado en domingos, festivos o para la realización de inventarios. La ausencia de una regulación específica, de hecho, había dado lugar a una cierta conflictividad, lo que llevó a la empresa a suscribir con el comité un acuerdo que regulara esa concreta cuestión. Y, en este sentido, hemos de tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha atribuido a este tipo de acuerdos de empresa sobre materias específicas una naturaleza contractual y no normativa, lo que no impide que su eficacia personal sea general en el ámbito de la empresa.

El 25-4-2011, la empresa y UGT suscribieron un acuerdo dirigido a regular los descansos compensatorios generados por los excesos de jornada derivados de la realización del trabajo en domingo, festivos e inventarios. Un acuerdo que, en virtud de lo pactado,

sería de aplicación a todos los trabajadores que prestasen servicios para la empresa en la provincia de Asturias y que estuviesen afiliados al sindicato firmante, así como a aquellos que individualmente manifestasen su voluntad de adherirse al mismo. El sindicato CCOO, sin embargo, no fue convocado a la negociación de dicho acuerdo y ello a pesar de que contaba con la mayoría en el comité de empresa, pues la representación social correspondía al comité, que se encontraba integrado por un total de 23 delegados, de los cuales 12 pertenecen a CCOO, 10 a UGT y 1 a FETICO.

Precisamente por ello, CCOO impugna la validez del acuerdo, pues entiende que se ha vulnerado su derecho a la libertad sindical en su manifestación de derecho a la negociación colectiva. Y ante la reclamación de este concreto sindicato, la empresa y UGT alegan que se trata de un acuerdo de carácter extraestatutario y que, por tanto, gozan de plena libertad para suscribirlo. Para el Tribunal Supremo, sin embargo, la conclusión la conclusión no puede ser la misma: En primer lugar, porque la intención de los suscribientes era lograr la sustitución completa del anterior acuerdo (suscrito con el comité), por el nuevo acuerdo (suscrito con un solo sindicato, que no cuenta con la mayoría del comité), dado que se abre a las adhesiones individuales. Y, en segundo lugar, porque no es posible sustraer a un determinado número de trabajadores —los afiliados a UGT— la aplicación íntegra de un acuerdo de empresa plenamente vigente y con eficacia personal general. En conclusión, la modificación del acuerdo inicial habría de hacerse con el comité de empresa o con las secciones sindicales que cuenten con la mayoría de los miembros del mismo. Además, el Tribunal Supremo estima que se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical en su manifestación de derecho a la negociación colectiva y condena a la empresa y a UGT a CCOO la indemnización de 2.000 €

C) Composición de las comisiones de trabajo del comité de empresa. Inexistencia de vulneración de la libertad sindical

En el supuesto analizado por la **STS de 12 de febrero de 2013**, IL J 271/2013, la representación de SFF-CGT había interpuesto demanda de conflicto colectivo, por cuanto dicho sindicato había sido excluido de la composición de las comisiones de trabajo del propio comité de empresa, reclamando que dicha composición respetara el principio de representatividad y proporcionalidad conforme a los resultados electorales, lo que conllevaría la inclusión del sindicato accionante.

Celebradas elecciones a representantes de los trabajadores en RENFE-Operadora, el comité de empresa quedó compuesto por 35 miembros: 12 de CCOO, 9 de SEMAF, 8 de UGT, 5 de SFF-CGT y 1 de SF-Intersindical. El día 12-4-2011, se celebró pleno de constitución del comité y, ante la falta de acuerdo para elegir su presidente, 17 miembros abandonaron la reunión. Pues bien, sin la presencia de estos 17 representantes, se acordó por mayoría que las comisiones de trabajo del comité estuvieran integradas por un total de 5 miembros: 2 de la sección sindical de SEMAF, 2 de la sección sindical de UGT y 1 de la sección sindical de SF-Intersindical. Ante ello, SFF-CGT interpone demanda de conflicto colectivo, pues entiende que dicha composición ha vulnerado su derecho a la libertad sindical.

En opinión del Tribunal, estamos en este caso ante comisiones de naturaleza «aplicadora» y no negociadora. Por ello, aun siendo obvio que la composición de dichas comi-

siones no arroja un resultado paralelo a la del propio comité, lo cierto es que tal resultado obedece a dos razones: De un lado, a la actuación del sindicato que abandonó la reunión y decidió no participar en el proceso de constitución de las comisiones. Y dicha conducta supone, en palabras del propio Tribunal, «una clara autoexclusión en el proceso decisorio, con consecuencias activas y también pasivas». De ahí que la merma del campo de acción del sindicato sólo pueda serle a él imputable. De otro lado, la constitución de las comisiones se efectuó dentro del proceso de debate y participación de los miembros del comité —excepto, lógicamente, los autoexcluidos-, sin que quepa tachar de antidemocrático el sistema, al no constar que hubiera oposición alguna por parte de los miembros reunidos.

Pues bien, es importante advertir que distinto hubiera sido el fallo del Tribunal si las comisiones de trabajo hubieran tenido atribuidas funciones que incidan en la modificación o regulación de las condiciones de trabajo, pues, en tal caso, la composición de las mismas debería respetar la proporcionalidad adecuada a la legitimación para negociar, dado que lo que está en juego es el derecho a la negociación colectiva, como expresión de la libertad sindical. Sin embargo, en las comisiones que tienen por objeto la interpretación o aplicación de alguna de las cláusulas del convenio colectivo o la adaptación de alguna de ellas a un problema no previsto, basta con que se acredite que las decisiones se adoptaron de forma democrática o de forma ajustada a lo dispuesto en el reglamento del propio comité, o que las comisiones no tienen un número de puestos suficiente para dar cabida en su seno a todos los sindicatos.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Funcionamiento

a) *Composición de las comisiones de trabajo de los Comités de Empresa*

La regulación que ofrece el Estatuto de los Trabajadores es parca en lo que hace al funcionamiento interno u ordinario de los órganos de representación de los trabajadores. En general, deja en manos de éstos el establecimiento de sus propias reglas de autoorganización, limitándose a señalar que «los comités de empresa o centro de trabajo elegirán de entre sus miembros un presidente y un secretario del comité, y elaborarán su propio reglamento de procedimiento, que no podrá contravenir lo dispuesto en la ley, remitiendo copia del mismo a la autoridad laboral, a efectos de registro, y a la empresa».

Este vacío regulatorio plantea algunas dificultades prácticas. La **STS 12 de febrero de 2013**, I.L. J 271/2013, se refiere a una de ellas al analizar si las exigencias en relación a la representatividad previstas para el comité de empresa son extensibles a las comisiones de trabajo creadas para la organización de las funciones de éste.

Pues bien, la Sala, recordando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y propia sobre esta materia, recuerda que las comisiones de trabajo pueden clasificarse en dos grandes bloques. De un lado, las comisiones que tengan atribuidas funciones que incidan en la modificación o regulación de condiciones de trabajo (comisiones «negociadoras»); de otro, las comisiones restantes (de propuesta, estudio, control, aplicación, ejecución, etc.), que tienen por objeto la interpretación o aplicación de alguna de las cláusulas del convenio

colectivo, la adaptación de alguna de ellas a un problema no previsto o la adaptación de su contenido según datos objetivo y prefijados (STS de 5 junio 2011 —R.º. Núm. 158/2010).

Las primeras gozan de unas mayores exigencias jurídicas, de tal suerte que su composición ha de respetar la proporcionalidad adecuada a la legitimación para negociar legalmente establecida (STC 213/1991 —R.º Núm. 57/1990— y STS de 11 julio 2000 —R.º Núm. 3314/1999). Para las segundas los requerimientos son más laxos, bastando con que se cumplan las exigencias más básicas de funcionamiento democrático y, en todo caso, el respeto a lo previsto en el reglamento del comité de empresa

B) Duración del mandato representativo

a) Revocación del mandato

La representación de los trabajadores en la empresa es de naturaleza esencialmente democrática. Tal carácter determina no solamente la elección mediante sufragio personal, libre, directo, y secreto, sino también la posibilidad de remoción, en caso de que se estime necesario y por los mismos medios. De acuerdo con lo previsto en el art. 67.3 ET, la revocación del mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité solamente podrá realizarse, por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio, como mínimo, de los electores y por mayoría absoluta de éstos, mediante sufragio personal, libre, directo y secreto.

Del espíritu del precepto parece desprenderse, por tanto, que los mismos mecanismos de elección han de utilizarse para la remoción, con el objetivo último de garantizar que el principio democrático rija los puntos fundamentales de la regulación del mandato representativo. No obstante, del tenor literal del precepto se desprenden algunas dudas porque, ¿a quién se refiere exactamente el precepto cuando señala a «los trabajadores que los hayan elegido»?

Desde una interpretación gramatical del inciso se desprendería que la asamblea revocatoria únicamente podrían participar aquéllos trabajadores que hubieran participado en la asamblea electora primigenia, lo que dejaría fuera a los trabajadores que se hubieran incorporado a la empresa con posterioridad e incorporaría a aquellos que la hubieran abandonado por extinción de su relación laboral. No obstante, una interpretación finalista parece aconsejar que participen en la asamblea revocatoria los trabajadores afectados por la representación, pues al fin y al cabo, los representantes lo son de todos los trabajadores y no solamente de aquellos que los hubieran elegido.

La **STSJ Madrid de 17 de septiembre de 2012**, I.L. J 75/2013, se refiere a esta concreta cuestión para acogerse a la segunda de las interpretaciones. Recordando la STC 229/2002, de 9 de diciembre (R.º. acumulados Núm. 887 y 889/1999), señala que hay que considerar al conjunto de la plantilla porque la representación se refiere a todos y cada uno de sus integrantes. Así, además, en relación a los trabajadores que no formaban parte de la plantilla en el momento de la elección «tienen el mismo derecho a dejar patente su disconformidad o crítica con la actuación de los elegidos en su momento (por el personal a la sazón perteneciente a la plantilla) y en consecuencia a votar en un sentido u otro en la asamblea destinada a removerles del cargo». Por el mismo motivo, debe excluirse a los

que participaron en la elección pero que ya no forman parte de la empresa, precisamente porque se ha extinguido la relación laboral.

En suma, la representación de los trabajadores lo es de todos ellos, lo que implica que el principio democrático impregna su regulación, no solamente en el momento de la elección, sino también, en su caso, en la remoción.

3. CONFLICTO COLECTIVO

A) Incompetencia de jurisdicción

La jurisprudencia ha marcado la diferencia entre los conflictos jurídicos y de intereses y los conflictos que versan sobre la interpretación y aplicación de normas legales, convencionales o prácticas de empresas siendo estos últimos los conflictos colectivos que la Ley Reguladora de la Jurisdicción ha querido regular a través de un procedimiento especial, en el que la Audiencia Nacional es competente para su conocimiento. Como viene a recoger esta jurisprudencia, entre otras en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009 (R.º 107/2008), El conflicto colectivo, presupone que la controversia que puede ser solventada aplicando una norma jurídica, pues lo que se cuestiona es la existencia, el alcance, el contenido o los sujetos de una relación jurídica disciplinada por la Ley o por el convenio colectivo, o afectada por decisión o práctica de empresa, en tanto que el conflicto de intereses o económico tiene como finalidad la modificación, bien a través de la supresión la adición, la reducción o la sustitución por otro del orden jurídico preestablecido, es decir, cambiando de alguna manera las condiciones de trabajo y, como es lógico, estas controversias no pueden encontrar solución en derecho, ni el Juez puede suplantar la actividad negociadora de las partes, único procedimiento para pacificar la situación.

Pues bien, tomando como referencia esta sentencia del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional en su **Sentencia 156/2012, de 29 de noviembre**, I.L.J 17/2013, viene a establecer su competencia para conocer sólo algunas de las pretensiones de los demandantes. Por concretar, el Sindicato AST reclama que el Comité intercentros de Telefónica España y Telefónica España SAU negocien un nuevo Reglamento del Seguro del Sueldo en un plazo determinado recogiendo determinados extremos por un lado, y por otro, que mientras tanto se aplique la regulación previa. Concretamente, se solicita que se declare la obligación del Comité intercentros de elaborar una nueva Reglamentación del Seguro del Sueldo y de hacerlo en el plazo de seis meses o en su defecto un año desde la resolución que así lo declare; que se declare la obligación de que dicha nueva Reglamentación reúna una serie de requisitos; y que se declare la obligación de aplicar el contenido del actual Reglamento en tanto se aprueba y entra en vigor la nueva Reglamentación otorgando íntegramente las prestaciones correspondientes.

La Audiencia Nacional admite la excepción de incompetencia de jurisdicción respecto a la pretensión del demandante de que la nueva Reglamentación contenga una serie de extremos. Esto constituye un conflicto de intereses en estado puro por cuanto reclama unos determinados resultados a la nueva regulación reglamentaria cuya estimación obligaría a sustituir a los sujetos legitimados para negociar por el propio tribunal, no siendo este el objetivo ni de lejos del art. 153.1 LRJS. En la misma línea, la Audiencia establece que

no es competente para fijar plazos concretos a la negociación del Reglamento ya que ésta depende de factores que no vienen determinados por ninguna norma legal o convencional o practica de empresa que se pueda interpretar y/o aplicar. Sin embargo, no admite la excepción de incompetencia de jurisdicción respecto a la pretensión del demandante de solicitar el cumplimiento de lo pactado en el art. 11.3 del convenio vigente, obligación de elaborar una nueva Reglamentación del Seguro de Sueldo, y la obligación de aplicar mientras se negocia el nuevo Reglamento el ya existente, ya que en ambos casos se trata de un conflicto aplicativo e interpretativo que si encuentra su ubicación en el art. 153.1 LRJS. Por tanto, la Sentencia se estima parcialmente en los términos que hemos comentado.

B) Inadecuación de procedimiento

Sobre esta materia vamos a comentar tres sentencias. Hay que destacar que en una de ellas se aplica, en virtud de la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la normativa anterior, esto es, la Ley de Procedimiento Laboral. Lo que se va a plantear en este punto, es si el cauce procesal de conflicto colectivo utilizado por los demandantes es adecuado a las previsiones de los arts. 151 y siguientes de la LPL, si se aplica la anterior normativa y 153 y siguientes si se aplica la LRJS.

El conflicto colectivo implica: a) la existencia de un conflicto actual; b) el carácter jurídico del mismo, diferenciándose así del conflicto de intereses, tal y como decíamos en el anterior comentario; y c) su índole colectiva. Con relación a este rasgo, el artículo 151 de la Ley de Procedimiento Laboral previene que se tramitarán a través del proceso de conflicto colectivo las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores. De esta forma, se viene exigiendo por la jurisprudencia dos requisitos, uno subjetivo, que es la existencia de un grupo homogéneo, definido por caracteres objetivos que lo configuran y otro objetivo que consiste en la presencia de un interés general que reside en el grupo. La configuración del grupo no constituye una unidad aislada de los individuos que en última instancia lo integran, y a los que como tales trabajadores individuales en definitiva afecta el conflicto colectivo y que pueden en su momento hacer valer el derecho que eventualmente se reconozca y declare en el mismo. Pero existe una clara diferencia entre el grupo como tal y los trabajadores individuales que en última instancia lo componen, y es ella que el grupo está configurado por rasgos no sujetos a prueba, mientras que los trabajadores individuales forman parte o no del grupo en atención a circunstancias personales pero que en todo caso han de probarse.

Aplicando tal doctrina a la **Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012**, I.L. J 35/2013, se determina como cauce procesal adecuado el procedimiento de conflicto colectivo. En este caso lo que se solicita el reconocimiento del derecho de los trabajadores de esta empresa vinculados a la misma por contratos de duración determinada a que por parte de ésta se procediese a la conversión de doce de estos contratos temporales indefinidos en indefinidos en cumplimiento del art. 29 del Convenio Colectivo de referencia. El Tribunal entiende en este caso, que estamos en presencia de un colectivo, de dimensiones reducidas, pero caracterizado por una peculiar situación no individual sino colectiva en relación con la interpretación de una norma del convenio colectivo y con independencia de la individualidad de quienes pudieran verse afectados por la conversión de los contratos temporales en fijos. Además, la propia parte demanda, es decir, la empresa,

comete la torpeza en este caso de ratificar el alcance colectivo de la medida en el momento en el que decide basar la inaplicabilidad del precepto colectivo en la cláusula *rebus sic stantibus*. Por tanto, el Tribunal Supremo confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Málaga desestimando el recurso de casación.

El nuevo art. 153.1 LRJS introduce una nueva modalidad de conflicto colectivo, que viabiliza las pretensiones de condena, en cuyo caso el colectivo genérico, afectado por la pretensión colectiva de condena, deberá ser susceptible de determinación individual, puesto que esa precisión permitirá su identificación en el fallo en las sentencias de condena, que podrán ser ejecutadas colectivamente, lo cual constituye la principal novedad de la LRJS en materia de conflictos colectivos, conforme a su exposición de motivos y permitirá canalizar colectivamente un gran número de litigios, que se tramitan actualmente de modo individual o plural, lo que atasca los juzgados y dificulta la búsqueda de soluciones homogéneas y rápidas, reclamadas por empresarios y trabajadores a la jurisdicción laboral. La sentencia de conflicto colectivo de condena exigirá, conforme dispone el art. 160.3 LRJS, que sea susceptible de ejecución individual, lo que le obligará a concretar en el fallo los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por su condena y especificar la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado, previniéndose, a continuación, que deberá contener, en su caso, la declaración de que la condena ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, lo cual no era posible con las sentencias meramente declarativas, que en la regulación anterior eran las sentencias colectivas normalizadas.

Pues bien, el caso de la **Sentencia de la Audiencia Nacional 2/2013 de 10 de enero**, I.L.J 129/2013, aplica este nuevo art. 153.1 LRJS. En este supuesto se impugna la decisión empresarial de suprimir unilateralmente las retribuciones variables de los trabajadores que alcanzaron los objetivos prefijados por la empresa y se desestima la excepción de inadecuación de procedimiento porque el conflicto afecta a un colectivo genérico de trabajadores unidos por interés común en la aplicación e interpretación de un pacto de la empresa. El Tribunal entiende acreditado que el conflicto afecta a un colectivo genérico de trabajadores que alcanzaron los objetivos marcados por unas circulares de la empresa a través de las cuales se les reconoció el derecho a percibir las retribuciones variables del año 2011. Declara, por otro lado, irrelevante que algunos de ellos hayan reclamado extrajudicialmente su retribución variable y otros hayan impuesto demandas con las mismas reclamaciones individuales. Recuerda el Tribunal que estas actuaciones no les desvinculan del colectivo y, que además, la sentencia que se dicte por la Audiencia Nacional desplegará sus efectos de cosa juzgada respecto a los procedimientos individuales (art. 160.5LRJS). Por tanto, mediante este procedimiento de conflicto colectivo el Tribunal entra a conocer y valorar si la decisión empresarial de no abonar estas retribuciones se debió a un error, si tenía apoyo en la Directiva 76/2010/UE sobre los requisitos de capital para la cartera de negociación y las retitulizaciones y a la supervisión de las políticas de remuneración, y en el RD 771/2011, o si debe aplicarse o no la cláusula *Rebus Sic Stantibus*. Finalmente, y sin entrar en el fondo del asunto el Tribunal no sólo desestima la excepción procesal de inadecuación de procedimiento sino que además desestima el recurso y condena a la empresa a pagar las retribuciones variables conforme a lo establecido en las circulares de la empresa.

C) Falta de legitimación activa

Sobre esta materia vamos a comentar una sentencia respecto de la cual, y en virtud de la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), se aplica la normativa anterior, esto es, la Ley de Procedimiento Laboral.

Por tanto, en relación con los sindicatos y órganos de representación sindical, el art. 152 LPL establece que la legitimación para promover los procesos sobre conflicto colectivos corresponde a los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto y a la representación legal o sindical de los trabajadores en conflictos de empresa o ámbito inferior. Añade el art. 153 LPL que, en todo caso, los sindicatos más representativos podrán personarse como parte en el proceso, aun cuando no lo hayan promovido, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto. Establecía el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 29 de noviembre de 1982 que los sindicatos tienen genéricamente capacidad para representar a los trabajadores, y por ende pueden promover los procedimientos de conflicto colectivo que tengan por objeto la interpretación de un convenio colectivo, pues resulta obvio que quienes pueden intervenir en la negociación de un convenio, deben poder plantear un conflicto sobre el mismo, sin olvidar que no pueden llevar a cabo sin más cualquier actividad en cualquier ámbito. El vínculo especial entre el sindicato y el objeto de debate habrá de ponderarse en cada caso. En la **Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2012**, I.L. J 245/2013, se plantea un conflicto colectivo en materia de clasificación profesional por la correspondencia de categorías entre la antigua clasificación y el nuevo sistema que instaura el convenio. Se interpone excepción de falta de legitimación activa. Sin embargo en el presente caso la acción es ejercitada por quien, además de tener afiliados entre los trabajadores de la empresa ostenta la condición de sindicato más representativo a nivel estatal, lo que les hubiera permitido la personación en el proceso en la calidad de parte y, además forma parte de la Comisión Paritaria del Convenio colectivo sectorial, que es el aplicable en la empresa demandada, cuya interpretación constituye el núcleo del conflicto. Convenio colectivo estatal del sector que, asimismo, fue suscrito por el sindicato accionante. A ello se añade el dato de que en la empresa no se han celebrado nunca elecciones sindicales, por lo que resulta imposible evaluar la eventual representatividad del sindicato en el seno de la misma. Todas estas circunstancias llevan al Tribunal a afirmar la legitimación del sindicato demandante por ostentar un interés legítimo y directo en el objeto del conflicto colectivo

4. HUELGA

A) Huelga y libertad de expresión

La libertad de expresión recogida en la Constitución española en el art. 20 CE hace referencia a la libertad para comunicar pensamientos, ideas, opiniones por cualquier medio de difusión ya sea de carácter general o más restringido. Las libertades de expresión e información con frecuencia entran en colisión con los derechos al honor, a la intimidad y la propia imagen, que aparecen como límite expresamente reconocido en el precepto

constitucional. En caso de conflicto deberá llevarse a cabo la correspondiente ponderación de bienes, teniendo que analizar cada una de las circunstancias concurrentes, de forma tal que cada caso necesitará de un examen particularizado sin que quepa la aplicación automática de reglas generales. En lo que a nuestro comentario respecta, la libertad de expresión entra en colisión, en esta ocasión, con el derecho de huelga. La **Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2013**, I.L. J 238/2013, plantea la siguiente situación. Uno de los Consejeros delegados de la empresa, ante la inminencia de la huelga envía a todos los trabajadores de la empresa un correo electrónico que, dadas las características, merece la pena que transcribamos: *«Las consecuencias de un día de huelga van a ser gravísimas. Es seguro que supondrá la cancelación de algún contrato y el correspondiente despido de las personas involucradas (...) asumir el calendario de huelgas tendría como efectos inmediata la cancelación de contratos de servicios por parte de alguno de nuestros clientes. Cuando esto se produzca y, creedme, se producirá seguro, tendríamos que despedir a todas las personas que prestan servicio en el contrato, y además a una parte de la que prestan soporte para esos clientes. Esto es un hecho seguro, cierto e innegociable».*

El Tribunal Supremo, en la misma línea que la sentencia de instancia de la Audiencia Nacional, declara que la empresa vulneró el derecho de huelga de los trabajadores a través del comunicado remitido por el consejero delegado. Establece el Tribunal siguiendo la doctrina jurisprudencia en este sentido, por un lado, que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho ilimitado, y por otro, que la relación jurídica laboral es una relación contractual que vincula a las partes y que genera un complejo elenco de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio de los derechos de libertad de expresión de modo que manifestaciones iguales que en otro contexto pudieran ser legítimas no tiene por qué serlo en el ámbito de las relaciones laborales. El ejercicio del derecho de huelga permite que se puedan dirigir comunicaciones a las partes del conflicto pero de forma necesaria y adecuada a los estrictos términos de los derechos e intereses que se debatan en el concreto conflicto. Pero esos contenidos, que pueden implicar actos de crítica en sentido amplio no pueden constituir actos empresariales desproporcionados que puedan limitar el ejercicio del derecho de huelga. En este caso, en el escrito empresarial vierte claras y serias afirmaciones de que de secundarse la huelga e incidir ella en la posterior conducta de los clientes, se producirá despidos, no sólo de las personas involucradas, sino de aquellas personas que prestan servicios en el contrato del cliente que se obtenga una baja, lo que comporta una advertencia no sólo para aquellos que pretendan el ejercicio del derecho del huelga sino para los trabajadores en general, para que ejerzan presión sobre los compañeros que ejerciten su derecho.

B) Fijación por el empresario de servicios mínimos sin audiencia del Comité

Como ya tuvo ocasión de afirmar el Tribunal Constitucional en la STC 11/1981, el art. 28.2 CE introduce en nuestro ordenamiento la proclamación de la huelga como derecho subjetivo y de carácter fundamental cuyo contenido esencial consiste en la cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir. Derecho este coherente con la idea del Estado social y democrático de Dere-

cho establecido en el art. 1.1 CE que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos de la población socialmente dependientes (fundamento jurídico 9.º).

Ahora bien, señala dicha sentencia, que el derecho de huelga es como todos un derecho limitado, y también es un derecho que admite y precisa una regulación legal. Corresponde, por ello al legislador ordinario, que es el representante en cada momento de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más o menos restrictivos o abiertos de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del art. 53», no importando, pues, a efectos de juzgar su constitucionalidad, si la regulación del derecho es restrictiva, sino si sobrepasa o no su contenido esencial (STC 11/1981, fundamento jurídico 7.º). Además, como también se afirmó en el mismo lugar, «el reconocimiento del derecho de huelga no tiene por qué entrañar necesariamente el de todas las formas y modalidades, el de todas las posibles finalidades pretendidas y menos aún el de todas las clases de acción directa de los trabajadores».

En este sentido, sigue siendo el RDL 17/1977, junto a la sentencia mencionada, la que regulan este derecho estableciendo sus limitaciones y formalismos en el seguimiento y ejercicio de tal derecho. En lo que a este comentario nos interesa, el RD establece una serie de requisitos formales necesarios e imprescindibles para hacer efectivo el derecho de huelga entre los que encontramos la necesidad de que el Comité de huelga intervenga en todas las actuaciones para la solución del conflicto. En la **STSJ de Cataluña de 19 de julio de 2012**, I.L. J 109/2013, en la cual la empresa Atento interpone recurso de suplicación. Lo que ocurrió en el presente caso tiene que ver con el establecimiento de los servicios mínimos, ya que el servicio que prestaba la empresa en este caso era dar soporte telefónico a las urgencias médicas. El problema se plantea cuando la empresa decide que los servicios mínimos constituyen el 100% de toda la plantilla siguiendo lo recogido en la Orden de Servicios Mínimos de la Generalitat y sin dar conocimiento de ello ni negociar tal cuestión con el Comité de huelga. Dos cuestiones diferentes se plantean. Por un lado, el cumplimiento de las formalidades y por el otro, la discusión sobre si se trataba o no de servicios esenciales para la comunidad y sobre si la administración pública, en este caso la Generalitat, respetó o no los condicionamientos a los que viene sometida en la adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de tales servicios. Empezando por esto último, el Tribunal no entra a conocer, ya que es el orden jurisdiccional contencioso administrativo el que debe entrar en el fondo de este asunto. Pero respecto a la primera cuestión y en base a ella, el Tribunal Superior de Justicia entiende que la empresa no ha cumplido con la obligación de dar audiencia necesaria al Comité de huelga para el establecimiento de los servicios mínimos.

la empresa recurrente no puede alegar que la Orden de la Consejería de Trabajo de la Generalitat no establecía porcentaje alguno de servicios mínimos para proceder como lo ha hecho, ni tampoco el que el servicio era el atender el servicio de emergencia de 061 para dar el servicio médico, ambulancias y sanitario y toda actividad que de la misma se deriva en garantía necesaria para la seguridad de las personas, pues estos motivos citados son los que constituyen una mayor justificación de la obligación de cumplimiento por parte de la empresa de oír a su vez al Comité de Huelga para determinar el personal estrictamente

necesario para el funcionamiento de los servicios mínimos, pues se hace mención a la necesidad en la citada orden de la totalidad de la plantilla para la atención de las llamadas de emergencia, y ello llevaba implícito el que el derecho de huelga de los trabajadores se quedase sin contenido. En relación con el derecho constitucional de los ciudadanos a ejercitar el derecho de huelga era necesario e imprescindible el que la empresa cumpliera la Orden de la Consejería de Trabajo de la Generalitat y el Comité de Huelga ejerciese los derechos y obligaciones que lleva consigo su constitución en garantía del derecho a la huelga y poder opinar y deliberar con la empresa la dimensión del contenido de la citada Orden y la repercusión real y práctica de la misma, para llegar aun acuerdo o no, o en su caso poder impugnar la citada Orden ante la colisión de derechos por una parte el derecho de huelga de los trabajadores de la empresa demandada, y las garantías que como servicio público que realizan los trabajadores se debían de adoptar, opción que tenían para intervenir a través del Comité de Huelga y que no pudieron por decisión unilateral y no justificada de la misma.

C) Servicios de mantenimiento y seguridad

La huelga consiste en la cesación del trabajo y se configura como una presión legal al empresa que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar, siendo lícito que la empresa haga uso de medios técnicos habituales para atenuar las consecuencias de la huelga, pero no lo es sustituir a los huelguistas con otros trabajadores de fuera de la empresa o de su propia plantilla. Pues bien, en el caso que aquí se va a comentar brevemente, se sostiene que la empresa vulnera el derecho fundamental de huelga por una imposición abusiva de los servicios de mantenimiento y seguridad no llegando a un acuerdo Comité de huelga y empresa sobre esta cuestión. Se trata del caso resuelto por la **Sentencia de la Audiencia Nacional 169/2012 de 20 de diciembre de 2012**, I.L. J 12/2013.

En esta sentencia hay que destacar dos cuestiones. La primera de ellas y principal, el principio según el cual es absolutamente necesario que quien alega que tal derecho ha sido vulnerado por la empresa acredite al menos, indiciariamente, que la actitud de la empresa tiene la intensidad suficiente como para impedir o coartar el derecho de huelga. La segunda queda referida a al principio según el cual el empresario no puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la huelga, ni a los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esta regla admite dos excepciones: el establecimiento de servicios de seguridad y mantenimiento y el establecimiento de servicios esenciales para la comunidad. No obstante, en la determinación de cuáles son los servicios de mantenimiento y seguridad o de servicios esenciales para la comunidad debe atenderse a límites que impidan interpretaciones restrictivas del derecho fundamental a la huelga.

Uniendo la primera de las cuestiones, con la segunda, le tribunal llega a la conclusión en el presente caso que no se ha vulnerado el derecho de huelga. La mera discrepancia en la designación de los servicios de mantenimiento y seguridad no es un indicio suficiente de vulneración por parte de la empresa del derecho fundamental. Cuestión diferente, es que la empresa hubiera sustituido a los trabajadores huelguistas contratando a otros tra-

bajadores. Tampoco puede resultar relevante, que la empresa no aceptara los servicios de mantenimiento y seguridad que se habían puesto en otras huelgas realizadas en otros momentos. La empresa no está obligada por acuerdos a los que haya llegado en huelgas anteriores ya que cada huelga es independiente de otra.

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. TIPOS DE CONVENIOS COLECTIVOS: ACUERDOS DE EMPRESA
 2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR
 3. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO
 - A) Cuestiones generales
 - B) Límites
 4. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN
 5. ULTRAACTIVIDAD
-

Las sentencias reseñadas aparecen referenciadas en la parte de jurisprudencia de los números 1, 2 y 3 de la *Revista de Información Laboral*, 2013, de Lex Nova, y reproducidas en *lexnovaonline*, donde se puede consultar su texto íntegro.

1. TIPOS DE CONVENIOS COLECTIVOS: ACUERDOS DE EMPRESA

Modificación. Suscrito con el comité de empresa un acuerdo sobre un aspecto concreto no contemplado en el convenio colectivo (regulación de los descansos compensatorios generados por los excesos de jornada derivados de la realización de trabajo en domingo y festivos), su modificación ha de ser fruto de una negociación mantenida con dicho órgano de representación o con las secciones sindicales (o los sindicatos) que agrupen a la mayoría de los miembros de aquél. La modificación llevada a cabo mediante una negociación mantenida exclusivamente con un sindicato que no agrupa a esa mayoría y que excluye a otro sindicato que cuenta con ella supone una lesión de la libertad sindical de este último y comporta la nulidad del correspondiente acuerdo. Resuelve el asunto en el sentido indicado la **STS de 24 de enero de 2013** (IL J 222/2013):

«La cuestión esencial que se trata de dilucidar y resolver es si la actuación de la empresa y del sindicato UGT, “consistente en suscribir un «acuerdo dirigido a regular los descansos compensatorios generados por los excesos de jornada derivados de la realización del trabajo en domingo, festivo e inventarios» (...), supone o no un atentado al derecho de

libertad sindical, en su manifestación de derecho a la negociación colectiva, del sindicato demandante y ahora recurrente, CCOO (...), que no fue convocado ni a la negociación ni a la firma de tal acuerdo”, sustitutivo de otro anterior suscrito con el comité de empresa.

“Si la empresa deseaba modificar el acuerdo suscrito en su día con el comité debería haber presentado a éste la correspondiente propuesta y entrar en negociación. O incluso podría haberlo hecho negociando con las secciones sindicales que cuenten con la mayoría de miembros del comité: en el caso, con CCOO —que cuenta con dicha mayoría: 12 sobre 23—, aunque siempre es preferible contar también, siendo esa mayoría tan exigua, con al menos UGT, que tiene 10 miembros en el comité. Pero lo que no es posible hacer — porque al hacerlo se viola el derecho a la libertad sindical en su manifestación de derecho a la negociación colectiva del sindicato CCOO— es prescindir absolutamente de este sindicato y llevar a cabo la operación que ya hemos descrito suficientemente. Procede, pues, (...) declarar que la parte demandada ha violado el derecho a la libertad sindical en su manifestación de derecho a la negociación colectiva del sindicato (...) CCOO” y “que ello conlleva la nulidad radical del acto” a través del cual se ha producido tal violación, “consistente en la adopción por las partes demandadas de un acuerdo sin competencia alguna para ello, marginando por completo al sindicato recurrente, y destinado a sustituir indebidamente —y aunque solamente sea con un alcance subjetivo parcial [para los afiliados a UGT]— un acuerdo de empresa plenamente vigente y con eficacia general en su ámbito, que debe ser restituido en su plena eficacia”».

2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

Legitimación plena *extraordinaria* de las asociaciones empresariales. La válida constitución de la comisión negociadora no requiere que en todo caso las asociaciones empresariales agrupen a empresarios que den ocupación a la mayoría de los trabajadores, esto es, que dispongan de la que cabe denominar legitimación plena *ordinaria* (la del párrafo primero del art. 88.2 ET). Basta, cuando las distintas asociaciones con legitimación inicial (ordinaria o extraordinaria) no alcancen esa representatividad, con que la comisión esté integrada por las asociaciones empresariales que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo segundo del art. 87.3.c) ET, sin que obste a ello que también reúnan las condiciones del párrafo primero de igual precepto o, lo que es igual, las que atribuyen la legitimación inicial *ordinaria*.

Se expresa en la dirección señalada la **SAN de 27 de noviembre de 2013** (IL J 11/2013; procedimiento 245/2012), que acepta la válida constitución de la comisión negociadora por una asociación empresarial de ámbito estatal que contaba en el sector con empresas que daban ocupación al 38'66 por ciento de los trabajadores y de la que no quiso formar parte otra, también estatal, que contaba en igual sector con empresas que daban ocupación al 26'17 de los trabajadores. La aplicación al caso de la regla del párrafo tercero del art. 88.2 ET, a mi juicio inaceptable y poco meditada (si las dos asociaciones disponían de legitimación inicial ordinaria la válida constitución de la comisión negociadora sólo se puede efectuar de acuerdo con la regla de la legitimación plena ordinaria, esto es, la del párrafo primero del art. 88.2 ET), no impide reconocer a la Sala que es consciente de que el resultado práctico de ello “es que una asociación que no representa por sí misma a empresas que den empleo a la mayoría de los trabajadores del sector, sin embargo puede negociar

un convenio de naturaleza normativa y eficacia general”. En cualquier caso, semejante resultado no se puede explicar de forma cabal prescindiendo de tomar en consideración la finalidad de la regla del citado párrafo tercero del art. 88.2 ET, que “impulsa e incentiva a las restantes asociaciones a participar en la negociación colectiva —con independencia de que, finalmente, no otorguen su voto favorable a los acuerdos—, e impide que con su sola decisión de no participar ésta quede absolutamente bloqueada”.

3. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Cuestiones generales

Diferencias con el contenido obligacional. Tiene ocasión de recordarlas, con ocasión de mantener el carácter normativo de la cláusula del convenio colectivo que establece un fondo de incentivos, la **STS de 29 de enero de 2013** (IL J 223/2013):

«Es innegable la cualidad normativa del plus en cuestión (...), pues “aunque no es pacífico en la doctrina el deslinde nítido entre ambas modalidades, 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” (próximas en el tiempo, SSTS 26/07/07 —rec. 84/06—; 02/06/11 —rec.182/10— y 28/09/11 —rec. 25/11—); habiéndose predicado más específicamente esa cualidad respecto de las condiciones retributivas (entre muchas otras anteriores, SSTS 16/06/08 —rec. 114/07—; 02/07/09 —rec. 44/08—)» (STS 18/04/12 —rec. 150/11—)».

B) Límites

Respeto del principio de igualdad. De acuerdo con la **STS de 24 de enero de 2013** (IL J 321/2013), no vulnera dicho principio la cláusula del convenio colectivo que exige para acceder a un mismo beneficio (billetes con descuento o gratuitos) dos años de convivencia a las parejas de hecho y ninguno a los que mantengan vínculo matrimonial. Tal cláusula no excluye del beneficio a las parejas de hecho; lo único que hace «es fijar los parámetros de concreción de lo que haya de considerarse como una pareja de hecho» a los efectos de la obtención de aquél. «Ello es así precisamente porque el concepto mismo de pareja de hecho tiene una conformación meramente fáctica, que precisa de particularizar las circunstancias en las que la convivencia se produce para alcanzar aquella denominación. Recordemos que el matrimonio se conforma como una institución social garantizada y el derecho a contraerlo se configura como un derecho constitucional, lo que no es predicable de la convivencia more uxorio, pues ni es una institución jurídicamente garantizada ni

hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento (STC 184/1990)». En suma, a través de una cláusula como la analizada «no se está dando un tratamiento desigual a las familias que se originan por la mera unión de hecho, ya que los beneficios se otorgan también a éstas cuando concurre su efectiva formación; del mismo modo que se produce el reconocimiento del derecho cuando consta el matrimonio».

Siempre según la misma sentencia, también respeta el principio aquí contemplado la cláusula del convenio colectivo que reconoce a los trabajadores fijos de plantilla que hubiesen ingresado en la empresa antes de una determinada fecha el derecho a seguir percibiendo o a acceder a un complemento vinculado al uso del inglés. La circunstancia de que aquellos trabajadores, a diferencia de lo que ocurre con los ingresados con posterioridad a la aludida fecha, no lleven incluido en su salario ese uso, constituye una justificación objetiva y razonable para limitar a ellos la percepción del complemento:

«En este punto se torna decisivo el hecho de que, precisamente a partir de 6 de junio de 1991, todos los trabajadores contratados por la empresa cubren la exigencia previa del conocimiento del inglés, lo que se incorpora en todo caso a su salario. De ahí que la situación que regula la disposición transitoria sea la del personal contratado con anterioridad, al que no se había impuesto ese requisito de acceso. La disposición permite, pues, tanto mantener el complemento a quienes ya lo venían percibiendo por haber acreditado el conocimiento de idiomas, como a aquéllos que, aun habiendo ingresado con anterioridad, acrediten con posterioridad ese conocimiento y, no obstante, al haber sido contratados en fecha anterior, no lo tengan incluido en su estructura salarial».

«La norma convencional incide en situaciones distintas y lo que trata es, precisamente, de acercarla, manteniendo los derechos adquiridos. Por ello, ha de desestimarse también este motivo del recurso y, con él, rechazar íntegramente las pretensiones del sindicato en esta alzada».

Condiciones para la validez de la previsión que establece el pago de una retribución global por varios conceptos, entre ellos por realización de horas extraordinarias.

El análisis de tales condiciones forma parte, igualmente, de las cuestiones tratadas por la **STS de 24 de enero de 2013** (IL J 321/2013), confirmando la SAN de 25 de noviembre de 2011 (IL J 1427/2011; véase *Justicia Laboral* número 50, crónica VIII). Para la Sala, la correspondiente cláusula del convenio colectivo, que en el caso de autos suponía cubrir mediante la retribución global «la realización de horas extraordinarias, turnos, festivos, jornadas especiales y fraccionadas, así como los complementos de idiomas, nocturnidad y los demás contenidos en convenio», no debe impedir el control del número máximo de horas extraordinarias autorizadas y ha de permitir determinar si lo abonado por la realización de éstas se ajusta o no al importe mínimo legal o convencionalmente establecido. De lo contrario deviene nula.

4. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

Deber de negociar. Decae cuando las representaciones de ambas partes deciden dar por finalizada la negociación sin acuerdo. En consecuencia, el sindicato que no alcanza por sí solo la representatividad de la que depende la legitimación plena no se puede amparar con

éxito en dicho deber para pretender que los demás sindicatos que constituyeron con él la comisión negociadora prosigan negociando en contra de su voluntad de dar por concluida la negociación. Así, **STS de 11 de diciembre de 2012** (IL J 149/2013):

«No existe deber de negociar con quien no tiene por sí mismo legitimación plena para constituir el banco social de la comisión negociadora, ni legitimación decisoria para aprobar el convenio en representación de los trabajadores, ni puede imponer esa negociación a las restantes partes que han optado por renunciar a ella; su derecho se limita a participar en una negociación en curso, pero no le permite obligar a continuar negociando a quienes han optado por no hacerlo. Para impulsar la negociación en estos casos están las medidas de conflicto que reconoce nuestro ordenamiento (STS. 11-febrero-2008 (rec. 118/06)).»

Deber de negociar. Aunque la parte que recibe la propuesta de apertura de la negociación queda vinculada legalmente por un deber de negociar o, si se prefiere, a manifestar su disposición a la apertura de las negociaciones, tal deber no es absoluto y cuenta con ciertas excepciones que contempla el párrafo segundo del propio art. 89.1 ET, que dispone que «la parte receptora de la comunicación sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido». Legitima la oposición a la propuesta de negociación con arreglo a dicho precepto y, por lo tanto, no infringe el deber de negociar, el hecho de que tal propuesta se produzca una vez iniciadas las negociaciones tendentes a concluir otro convenio estatutario que ya incluya a los integrantes de la unidad de negociación sobre la que aparezca construida aquélla. Se pronuncia en la forma indicada, confirmando **la SAN de 28 de septiembre de 2011** (IL J 1257/2011; véase *Justicia Laboral* número 49, crónica VIII), **la STS de 6 de febrero de 2013** (IL J 268/2013), recordando la doctrina de la Sala al respecto:

«La cuestión litigiosa no gira en torno a si los hoy recurrente están legitimados para negociar un convenio colectivo de la BBK de ámbito más reducido que la empresa, en concreto para los centros radicados en Vizcaya, Guipúzcoa, Álava y Navarra —subsidiariamente para los centros radicados en Vizcaya y Álava—, sino si, una vez iniciadas las negociaciones del convenio de la BBK de ámbito empresarial, procede iniciar las negociaciones de un convenio cuyo ámbito de aplicación se limita a los centros de Vizcaya y Álava».

« (...)

En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, existe causa legal que justifica la negativa a negociar por parte de la empresa. En efecto, tal y como ha quedado anteriormente consignado, cuando los hoy recurrentes presentan escrito ante la empresa (...) manifestando su voluntad de negociar un convenio colectivo del ámbito anteriormente señalado, ya CCOO y ALE habían comunicado a la empresa (...) que convocara la correspondiente mesa de negociación (...), procediendo la empresa BBK (...) a convocar a las secciones sindicales de CCOO, ALE, ELA-STV, LAB y ASPEM para la constitución de la comisión negociadora del convenio de empresa (...). Por lo tanto, existía ya un procedimiento de negociación en marcha (...) aceptado por la empresa BBK (...) cuando los hoy recurrentes comunicaron a la empresa su voluntad de negociar un convenio colectivo (...).

Hay que poner de relieve, en primer lugar, que CCOO y ALE ostentaban la legitimidad inicial para negociar el convenio colectivo de empresa, a tenor de lo establecido en los artículos 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores, a la vista de lo establecido en el incombato hecho probado octavo de la sentencia de instancia.

En segundo lugar, procede señalar que la unidad de negociación del convenio colectivo que se estaba tramitando comprende la empresa y en consecuencia, todos los trabajadores que prestan servicios en la misma, con independencia del lugar en el que presten tales servicios y este ámbito ha sido el que ha tenido el convenio desde el año 1990. Tal y como señala la sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 2010, recurso 112/10, *“el precepto —artículo 89.1 [del ET]— impone, como regla general, el mantenimiento de la unidad de negociación originaria, dentro de la cual las partes estarán obligadas a negociar y a hacerlo de buena fe”*».

Comisión negociadora. Reparto de las vocalías entre los sindicatos legitimados para la negociación de un convenio de sector. La aceptación de dicho reparto impide que pueda prosperar la pretensión del sindicato que la realiza de obtener otro reparto distinto a través de la impugnación de la constitución de la comisión negociadora y sin acreditar la falta de legitimación de los demás sindicatos presentes en ella. El reparto se debe efectuar atendiendo a la representatividad acreditada por cada sindicato en el momento de la constitución de la comisión, de modo que no cabe pretender la alteración de aquél por la variación de la audiencia electoral o representatividad conocida con posterioridad. De nuevo, **STS de 11 de diciembre de 2012 (IL J 149/2013)**:

«Si en la constitución de la comisión negociadora “el banco social quedó formado con reconocimiento expreso y de forma recíproca de la representación” y “como el art. 88.2 ET reconoce a las partes negociadoras autonomía en este sentido, [el sindicato recurrente] no puede hacer reproche alguno”.

Planteado por el mencionado sindicato, en una de las reuniones de la comisión negociadora, la necesidad de volver a constituir ésta con arreglo a su nuevo y más elevado grado de representatividad fruto de la variación de los resultados electorales de la que ha tenido conocimiento con posterioridad, “la cuestión quedaría centrada en determinar” si esa variación “puede alterar la composición de las mesas ya constituidas”. Tal cuestión fue “ya resuelta por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, entre otras en sentencias de 25-junio-2006 (rec. 126/05), 21-enero-2010 (rec. 21/08) y 1-marzo-2010 (rec. 27/09), en el sentido de que, el momento para determinar la legitimación va referido a la fecha de constitución de la mesa negociadora y no a otra posterior, pues si atendiese al resultado de posteriores elecciones (...) se entraría en una dinámica de incertidumbre sobre los niveles de representatividad incompatible con el desarrollo normal de un proceso de negociación. Así y en este sentido la STS de 21-enero-2010, con cita de la STS de 25-mayo-2006, afirma lo siguiente: «Esta Sala respecto al precepto denunciado como infringido (art. 87.3 ET) ha establecido dos principios decisivos: 1) que el momento en que ha de existir y probarse la legitimación es el del inicio de las negociaciones del convenio colectivo (sentencias de 23 de noviembre de 1993, rec. 1780/1991, 9 de marzo de 1994, rec. 1535/1991, y 25 de mayo de 1996, rec. 2005/1995); y 2) que en la impugnación de un convenio estatuario corresponde al impugnante acreditar los vicios que alega, pues estos son hechos constitutivos de su pretensión y la naturaleza especial de dichos convenios, que exigen la intervención

de la autoridad laboral, a quien corresponde el control mediato o indirecto sobre su legalidad, les dota de una apariencia de validez sólo desvirtuable por prueba a cargo de quien lo impugna (sentencia de esta Sala de 5 de octubre de 1995, rec. 1538/1992, dictada por el pleno de la misma, ratificada, entre otras, en las de 14 de febrero de 1996, rec. 3173/1995, 15 de marzo de 1999, rec. 1089/98, y 25 de enero de 2001, rec. 1432/02)».

Alcance del acuerdo obtenido en mediación extrajudicial promovida con objeto de desbloquear la negociación. El hecho de que no constituya un pacto autónomo que condicione el contenido del convenio colectivo que se trata de concluir y a cuya firma se supedita su validez permite que aquel contenido se pueda separar de los términos del acuerdo; en consecuencia, no cabe pretender que tales términos hayan de prevalecer sobre los finalmente incorporados al convenio a la hora de regular las correspondientes condiciones de trabajo. Lo pone de relieve, con cita de la jurisprudencia de la Sala sobre la eficacia de los acuerdos parciales conseguidos en el curso del procedimiento de negociación, la **STS de 21 de enero de 2013 (IL J 221/2013)**:

«Debe recordarse, en este punto, la jurisprudencia de esta Sala (...) expresiva de que “los preacuerdos que se obtengan durante la negociación de un convenio colectivo, por su propia esencia carecen de entidad definitiva, pues por la propia dinámica del procedimiento negociador son susceptibles de modificarse en reuniones posteriores, abiertas, como es obvio, a la consideración de nuevas ofertas y contraofertas; sólo, por tanto, el acuerdo final manifiesta el convenio colectivo, que goza de la eficacia que le sea propia, según la naturaleza que cuadre al suscrito” (STS 19/06/91, rec. 1397/90). De esta forma, “(...) los acuerdos sobrevenidos en las fases preliminares, presentes en todo proceso negociador, y reflejados en las correspondientes actas, carecen de eficacia definitiva y pueden ser objeto de modificación hasta tanto que el proceso negociador llegue a su fin y se proceda a su firma por las partes intervinientes” (STS 11/03/94, rec. 1605/91). Y en la misma línea también ha de mantenerse que “en principio, los acuerdos provisionales a que se hubiera llegado antes de la firma del convenio en su conjunto no generan obligaciones sino se alcanza ésta, no pasando de ser acuerdos preliminares o preparatorios del acuerdo final. En ocasiones se puede concluir un acuerdo informal de principio con el fin de pacificar las relaciones y dejar expedita la vía negociadora, pero este acuerdo o compromiso aunque puede generar responsabilidades por incumplimiento, carece de eficacia normativa si no se incorpora al convenio colectivo, o alcanza tal naturaleza mediante su registro, depósito y publicación” (STS 12/11/07, rec. 69/06)».

«(...) Cabe interpretar, por tanto, que el acuerdo alcanzado ante el SIMA, dados sus antecedentes (...), encabezamiento y contenido, no era un pacto colectivo autónomo sino que estaba condicionado directamente al futuro convenio colectivo cuyas negociaciones, largos años estancadas, pretendía desbloquear, estableciendo una plataforma inicial de acuerdos mínimos sobre los puntos quizá más conflictivos, pero que no vinculaba la actuación futura de los negociadores del convenio colectivo obligándoles necesariamente a pactar un contenido totalmente acorde con el referido pacto (...), como los hechos posteriores han demostrado (...). Por ello, una vez pactado el contenido del convenio colectivo y habiendo entrado en vigor el mismo pierde razón de ser el acuerdo alcanzado ante el SIMA, en lo favorable y en lo adverso a una u otra de las partes, sin que, por la denominada habitualmente técnica del “espiguelo”, puedan intentar apoyarse en el mismo ni una ni otra parte de las que lo suscribieron para pretender lo que les interesa en contra del contenido del convenio».

5. ULTRAACTIVIDAD

No rige respecto de aquellas cláusulas de cuyo tener literal se desprenda su vigencia limitada a la duración del convenio pactada. Así, **STS de 29 de enero de 2013** (IL J 223/2013):

«Tampoco ofrece duda alguna que esa cualidad normativa comporta su necesaria observancia en el periodo de ultraactividad, que se mantiene durante el período en el que, denunciado el convenio se desarrollan las negociaciones tendentes a alcanzar un acuerdo que pueda plasmarse en otra norma convencional del mismo ámbito territorial (...). Pero de igual manera que —conforme a la redacción actualmente vigente del art. 86 del ET— el propio convenio colectivo puede establecer las reglas y soluciones que tenga por conveniente en orden a la vigencia de su contenido normativo durante el período de ultraactividad, de manera que es totalmente lícito que un precepto del convenio disponga que determinadas cláusulas del mismo, a pesar de su contenido normativo, pierdan su vigencia una vez finalizado el plazo de vigencia pactada de aquél (...), también es evidente que esa ultraactividad es inaplicable respecto de cláusulas de las que inequívocamente se desprenda su pactada limitación temporal, aun a pesar de la previsión contenida en el art. 86.3 in fine respecto de que “en defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio”, porque “[I]a vigencia del contenido normativo (...) se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio”; y no nos cabe duda (...) que la regulación del «plus de incentivos» se hace excluyendo toda ultraactividad más allá de la duración pactada para el convenio, al afirmar que —con la finalidad de retribuir determinados objetivos relacionados con la productividad— “se crea un fondo de incentivos que, durante la vigencia del presente convenio, será de 599.400 €”; concreción temporal y económica que excluyen la vocación de permanencia del plus que se cuestiona, una vez transcurrido el tiempo pactado y agotada la dotación fijada».

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) **Reparación del daño.**
 - B) **Caso fortuito.**
 - C) **Enfermedad profesional.**
 9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES.
 - A) **Recargo de prestaciones.**
 - B) **Responsabilidad solidaria en el recargo de prestaciones.**
 - C) **Responsabilidad en orden a las prestaciones.**
 10. ASISTENCIA SANITARIA.
 11. INCAPACIDAD TEMPORAL.
 12. MATERNIDAD.
 13. REGÍMENES ESPECIALES.
 14. INFRACCIONES Y SANCIONES.
 15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL.
-

1. FUENTES

En la **STJCE de 21 de febrero de 2013, IL J 124/2013** se analiza un supuesto de cálculo de una pensión de jubilación a quien había cotizado en el RETA algo más de diez

años en España y algo menos de seis años en Portugal. En el cálculo de la carencia la entidad gestora tomó en consideración los períodos cotizados en Portugal como si se hubiesen cotizado en España, cumpliendo así correctamente lo prescrito en la normativa de coordinación de la UE; pero al calcular el importe teórico de la pensión no se calculó el importe de la cotización media únicamente en función de los períodos realmente cotizados en España sino que se añadió con valor 0 un período ficticio hasta alcanzar un total de quince años al que aplicar posteriormente el divisor de 210 que incluye las gratificaciones extraordinarias. Al responder a la cuestión prejudicial planteada, el Tribunal señala que la normativa aplicable debe ser siempre compatible con el objetivo fijado en el artículo 48 TFUE de evitar que el trabajador migrante sufra una reducción del importe de la prestación que no habría sufrido de no haber circulado a otro Estado miembro. En el caso de autos, si la trabajadora hubiera cotizado en España los períodos que cotizó en Portugal, se habría calculado la pensión en base a las cotizaciones reales sin incluir ningún período con valor 0 a los efectivamente cotizados, por consiguiente, para no perjudicar a la trabajadora migrante no puede realizarse una integración de lagunas con valor nulo sino que debiera haberse adaptado el denominador 210 utilizado para hallar la cotización media a los períodos efectivamente cotizados en España más los correspondientes a las gratificaciones extraordinarias.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia

3. ENCUADRAMIENTO

No existe jurisprudencia de interés en la materia

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia

6. COTIZACIÓN

Elevación fraudulenta de las bases de cotización. Prestación de maternidad. Impugnación judicial de la sanción administrativa. En la **STSJ/Cataluña de 3 de octubre IL J 178/2013**, constan como hechos probados que la recurrente trabajaba a tiempo parcial con una jornada de dos horas semanales. Dos meses antes del nacimiento de su hijo la trabajadora pactó con

su empleador la novación contractual del contrato que pasaría a ser a jornada completa con la correspondiente elevación del sueldo. El empleador es el padre del hijo causante de la prestación. El INSS reconoció la prestación de maternidad si bien durante la tramitación del expediente solicitó a la Inspección de Trabajo un informe al respecto.

La Inspección de Trabajo inició un procedimiento que finalizó con imposición de sanción a la trabajadora consistente en la extinción de la prestación por maternidad y en la obligación de reintegrar las cantidades indebidamente percibidas. Impugnada la resolución administrativa en primera instancia por la actora, el Juzgado de lo Social confirmó la sanción y apreció concurrencia de conducta fraudulenta sobre la base, entre otros argumentos, de la inexistencia de causa organizativa que justificase la novación del vínculo contractual laboral y sobre el hecho que durante la tramitación del expediente sancionador el empleador en fase de alegaciones no lograra desvirtuar con aportación probatoria alguna la presunción del fraude. La recurrente alega, entre otros argumentos, que hubo presunción judicial de fraude lo que condujo a la vulneración de la presunción de inocencia. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña trae a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo que admite la presunción judicial de fraude cuando quien juzga aprecie de los hechos indicios suficientes para ello; valiendo así la regla de *la «praesumptio hominis» del artículo 1253 CC cuando entre los hechos demostrados... y el que se trata de deducir... hay «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»* (SSTS de 24 de febrero de 2003, recurso 4369/2001; de 21 de junio de 2004, recurso 3143/2003; de 30 de marzo de 2006, recurso 53/2005). Entiende, por el contrario, el Tribunal que del examen fáctico de los hechos probados es deducible la existencia de fraude y confirma, en consecuencia, la sentencia de primera instancia.

7. RECAUDACIÓN

Las **SSTS de 23 de enero de 2013**, IL J 264/2013, y **de 5 de febrero de 2013**, IL J 250/2013, resuelven de idéntica manera dos supuestos relativos al alcance y sentido en que debe aplicarse el mecanismo de reintegro de la prestación de desempleo indebidamente percibida cuando coincide su percepción con la de los salarios de tramitación. Sostienen ambas sentencias que no se produce incompatibilidad entre la prestación por desempleo y los salarios de tramitación —con la consiguiente devolución de aquéllas— cuando el trabajador no ha percibido efectivamente los últimos, ni de la empresa ni tampoco del FOGASA. En los casos enjuiciados, las sentencias que declaraban improcedente el despido incluían la condena al pago de los salarios de tramitación. Ambos Autos dictados en ejecución de sentencia los excluían de la liquidación considerando que la percepción de la prestación de desempleo suponía la falta de reclamación por el trabajador. No obstante, no consta la renuncia del trabajador, por lo que la posible incompatibilidad de salarios de tramitación y prestación por desempleo no puede ser analizada desde ese prisma sino desde el hecho claro de su no percepción real. La interpretación del artículo 209.5.c) LGSS, tal y como ya había señalado la STS de 1 de febrero de 2011 (rcud. 4120/2009), supone aplicar el sistema de devolución de la prestación indebidamente percibida por incompatibilidad sólo en el caso de coincidencia efectiva del doble abono. Ciertamente, como sostienen las SSTS de 26 de marzo de 2007 (rcud 1646/2006) y 18 de mayo de 2011 (rcud 3815/2010), el artículo 209 LGSS se fundamenta en la doble percepción de salarios de tramitación y

prestaciones por desempleo, lo que supone que el reintegro no pueda darse si la desaparición o insolvencia empresarial impide la percepción de aquéllos. En definitiva, no puede exigirse la devolución de prestaciones si no se ha producido una incompatibilidad real.

8. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

A) Reparación del daño

Según la **STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2012, IL J 85**, la aplicación del convenio extraestatutario —y no el Convenio Colectivo de la Construcción de la CAM— imposibilita el abono de indemnización por incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo.

Así, en el artículo 1 del Convenio Colectivo del Grupo de Construcción y Obras Públicas de la Comunidad de Madrid, regulador de su ámbito de aplicación, establece que «el presente convenio será de aplicación a todo el personal que, prestando sus servicios en los puestos de trabajo establecidos o que se establezcan en la Comunidad de Madrid, está contratado por las empresas cuyas actividades se determinan en el Anexo I del IV Convenio General del Sector de la Construcción firmado el 22 de junio de 2007». De lo que se deduce que, para determinar el convenio colectivo de aplicación de la actividad principal preponderante en la empresa (por todas, sentencia del TS de 20 de enero de 2009), la norma paccionada en cuestión no rige en el caso de autos, al tratarse la empleadora de un ayuntamiento carente de la finalidad principal de conservación y mantenimiento de infraestructuras. Todo lo cual determina que el trabajador —en su calidad de Oficial 1.ª en el Área de Vías y Obras realizando trabajos propios de albañilería y jardinería— no resulte acreedor al derecho reclamado. En conclusión, no resulta de aplicación la sentencia del TS de 7 de octubre de 2004, al contemplar un supuesto distinto al ahora analizado, pues en el supuesto de esta sentencia resultaba incuestionable la aplicación al reclamante del convenio estatutario en cuestión, lo que en este caso no acontece».

Según la **STSJ Murcia de 21 de diciembre de 2012, IL J 216**, para que un empresario esté sujeto al deber de indemnizar a uno de sus trabajadores los daños y perjuicios que ha sufrido en un accidente laboral, es imprescindible que concurra un incumplimiento empresarial de alguna medida de prevención laboral que haya resultado decisivo en la producción del accidente o de sus efectos lesivos sobre el trabajador. Tal como tiene declarado la jurisprudencia, los principales requisitos de la responsabilidad civil por daños son: a) existencia de daños al trabajador; b) acción u omisión e incumplimiento de obligaciones de seguridad. En este sentido, el incumplimiento podrá consistir tanto en la infracción de cualquiera de las obligaciones previstas en la normativa específica de seguridad; c) culpa o negligencia empresarial, es decir, la presencia de un elemento culpabilístico resulta insoslayable, en la medida en que se parte de la negación de la responsabilidad objetiva del empresario. Es decir, no estamos ante una responsabilidad fundamentada en el riesgo laboral, como sucede en la infracción administrativa laboral, sino que ha de hallarse cierta culpa en el comportamiento empresarial; d) relación de causalidad entre la conducta empresarial y el daño sufrido; es decir, los daños ocasionados al trabajador tienen que tener su causa en la conducta empresarial contraria a la diligencia exigida. Según la sentencia, en este caso no es apreciable en la conducta de la empresa demandada culpa, pues no existe acto u omisión

imputable a la demandada que incida de alguna manera en la producción del resultado porque el accidente de trabajo se produjo por el hecho de que el trabajador, conduciendo de forma inadecuada, se salió de la vía, cuando disponía de los conocimientos y formación necesarios al estar habilitado para conducir el vehículo con el que tuvo el accidente.

B) Caso fortuito

Según la **STSJ de Extremadura de 19 de julio de 2012, IL J 110**, se desprende que la causa directa del accidente fue que la carga se soltó cuando se estaba tensando la eslinga de sujeción, sin que ello se produjera porque no se hubiera elaborado la evaluación de riesgos en el equipo de trabajo que utilizaba el trabajador, o porque no hubiera recibido la correspondiente formación o información, o bien porque se hubiera obviado sus deberes en materia de protección de la seguridad y salud de los trabajadores y de garantizar ese acceso y permanencia del trabajador en condiciones de seguridad en todos los lugares necesarios para utilizar un equipo de trabajo, pues estamos ante la ocurrencia de un caso fortuito que impide al TSJ de Extremadura considerar que exista un nexo causal entre los incumplimientos mencionados y el resultado dañoso acaecido. Por tanto, se desestima el recurso de suplicación.

C) Enfermedad profesional

La **STS de 15 de enero de 2013, IL J 161**, analiza un caso de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional. Concluye que la entidad responsable de las prestaciones es la entidad que asegura el riesgo en el periodo en que éste se genera. Hay que distinguir entre el riesgo asegurado y su actualización. La entidad responsable es el INSS, que era la aseguradora del riesgo por imperativo legal, aunque la actualización del mismo fuera en fecha posterior.

La respuesta a la cuestión que se suscita viene dada por la doctrina que ya ha fijado previamente el Tribunal Supremo en torno a determinar la entidad aseguradora responsable en los supuestos de accidente de trabajo y que, *mutatis mutandis*, también ha de ser aplicada al presente caso de enfermedad profesional. Doctrina que parte la STS 01/02/2000 y que ha sido reproducida en las sentencias de 19/01/2009 y de 14/04/2010. Se mantiene en aquella inicial decisión —y en las muchas que la reiteran— que la responsabilidad corresponde a quien asegurase la contingencia en la fecha del accidente, porque la cobertura se establece en función del riesgo asegurado, aunque proteja el daño indemnizable derivado de éste, el cual puede manifestarse con posterioridad al siniestro.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES

A) Recargo de prestaciones

La **STSJ de Asturias de 9 de noviembre, IL J 91/2012**, resuelve sobre un caso en el que el trabajador accidentado tiene a su vez el 16% de participaciones de la empresa. Al

confirmarse en la sentencia recurrida la responsabilidad de la empresa por infracción de medidas de seguridad, según la empresa recurrente en suplicación, al ser el trabajador también propietario éste se convertiría a su vez en infractor. Sin embargo, argumenta el Tribunal que su participación no permite confundirle con la sociedad en tanto que no era un socio mayoritario, ni estaba al frente de la administración o dirección de la empresa, ni tampoco concurre cualquier otra circunstancia que elimine la diferencia entre el trabajador y la empresa. Por lo tanto, se produce el deber de seguridad que atañe a la empresa respecto de aquél por razón del contrato laboral.

La **STSJ de Castilla y León de 21 de noviembre, IL J 93/2013**, se confirma la sentencia de instancia al declararse acorde a derecho la infracción de medidas de seguridad al no existir en el centro de trabajo normas de circulación de los equipos de trabajo móviles, incumpliendo el art 14.1 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre y art 3.4 en relación con el Anexo II, apartado 2.2 del Real Decreto 1215/1997 de 18 de Julio por el que se establecen las disposiciones mínimas. También en el caso enjuiciado en la **STSJ de Cataluña de 14 de septiembre, IL J 169/2013**, en la cual no se evaluó debidamente el riesgo de ser víctima de robo, en este caso de una trabajadora que se realizaba servicios de vigilancia de un amplio aparcamiento, en solitario y por la noche, sin disponer de la posibilidad de pedir ayuda, ni permitir la cabina aislarse convenientemente, y sin disponer de una alarma que pudiera activar. El recargo contemplado en el artículo 123 LGSS contempla infracciones de normas tanto genéricas como específicas. Finalmente, también se observa infracción de normas de seguridad, concretamente de situación de acoso continuado y no eliminado, en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de noviembre, IL J 282/2013**. En este caso, al ser la empresa misma la productora del acoso, debe imponerse el máximo recargo (50%) ya que éste se impone no según el daño producido al trabajador sino por la gravedad de la infracción cometida.

En cambio, en la **STSJ de Extremadura de 19 de julio, IL J 110/2013**, se afirma que, aun produciéndose una infracción en las medidas de seguridad, al no existir nexo causal entre la infracción tales medidas y el accidente sufrido por el trabajador, no concurren los requisitos para imponer el recargo. Por lo tanto, se confirma la sentencia de instancia. Tampoco se observa el factor causalidad en la **STSJ de Castilla y León de 19 de diciembre, IL J 201/2013**, por lo que no procedería recargo, pues la enfermedad del trabajador derivada de la inhalación de sílice, no relacionada con que en la fábrica en la que trabajaba se utilizaba amianto, aunque el trabajador tuviera contacto con dicho producto.

B) Responsabilidad solidaria en el recargo de prestaciones.

En un caso de subcontratación en la construcción, la **STSJ de Cataluña de 2 de octubre, IL J 176/2013**, revoca la sentencia recurrida, y dicta la no responsabilidad de la empresa promotora de la obra en tanto que las actividades empresariales de los promotores y de los constructores son distintas, en base a la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de ordenación de la edificación, aunque insertas en el mismo sector de la edificación, y la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la Construcción. Además, aunque el accidente se produjo en el solar de la propiedad de la promotora, como centro de trabajo, el accidente no se produjo con maquinaria o elementos de producción

bajo el control de la promotora, por lo que la responsabilidad corresponde únicamente a la empresa constructora.

C) Responsabilidad en orden a las prestaciones

La **STS de 15 de enero, IL J 161/2013**, desestima el recurso casación y confirma como válido el juicio de la sentencia recurrida, cuyo razonamiento sirve para declarar como responsable de la prestación, en este caso incapacidad permanente derivado de enfermedad profesional, a la aseguradora del riesgo durante el tiempo que éste existió, diferenciando por otra parte la actualización del mismo. El litigio que se plantea es si qué entidad aseguradora es responsable de la prestación IP declaradas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 51/2007 —que introduce la responsabilidad de las Mutuas por la contingencia de IP derivada de EP— pero cuya génesis se corresponde con periodos en los que el aseguramiento de la contingencia de IP por EP correspondía en exclusiva al INSS. El recurso de casación contrapone la dictada por el TSJ de Castilla y León, Valladolid, de fecha 17 de julio de 2009.

La respuesta la encuentra el Tribunal en la doctrina fijada en la STS 1 febrero de 2000, sobre la entidad aseguradora responsable en los supuestos de accidente de trabajo, y aplicada «mutatis mutandis» también al caso de EP, y que dice que la responsabilidad corresponde a quien asegurase la contingencia en la fecha del accidente, porque la cobertura se establece en función del riesgo asegurado, aunque proteja el daño indemnizable derivado de éste, el cual puede manifestarse con posterioridad al siniestro. Por lo tanto, la responsabilidad se atribuye a la entidad —en este caso, el INSS— que por prescripción legal tenía asegurada en exclusividad la responsabilidad correspondiente a las prestaciones de IP en el periodo en el que se generó la EP.

10. ASISTENCIA SANITARIA

No existe jurisprudencia de interés en la materia

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

En un caso de recaída durante el periodo de desempleo, relacionada con una IT previa a la finalización del contrato, la **STS de 12 de noviembre de 2012, IL J 23/2013**, estima que la responsabilidad de la prestación corresponde a la Entidad aseguradora responsable durante el período de IT inicial. La sentencia es también de interés por la sistematización que hace de su jurisprudencia en materia de responsabilidad de pago de prestaciones de IT en casos de finalización de contrato de trabajo y sucesiones de Entidades aseguradoras o gestoras.

En un caso de nueva baja antes del transcurso de 6 meses desde el alta por agotamiento del periodo de prestación, la **STS de 10 de diciembre de 2012, IL J 143/2013**, reitera otra vez que el INSS no se puede limitar a denegar la prestación basándose en que la nueva baja es ocasionada por la misma o similar patología, sino que debe razonar que tal patología no es incapacitante.

12. MATERNIDAD

La **STSJ de Murcia de 26 de noviembre, IL J 95/2013**, reconoce la procedencia de la prestación por riesgo durante la lactancia natural, confirmando la sentencia de instancia en la cual se procedía a otorgar a la trabajadora el derecho a la prestación en base al riesgo derivado de los servicios en régimen de turnos rotatorios (incluidos turnos de noche) así como en la presencia de riesgos biológicos. A pesar de las modificaciones realizadas por el Servicio Murciano de Salud, empleador de la trabajadora y atendiendo a las recomendaciones del servicio de prevención de riesgos laborales, los riesgos no se han eliminado al seguir la trabajadora en el mismo puesto, expuesta a la rotación de turnos. En el mismo sentido, la **STSJ de Murcia 3 de diciembre, IL J 196/2013**, confirma también el derecho a la prestación en el caso de una trabajadora a la que no pudo serle adaptado el puesto de trabajo, por lo que procede la prestación por riesgo durante el embarazo.

Sin embargo el Tribunal rechazó dicha prestación en la **STSJ de Murcia de 3 de diciembre de 2012, IL J 197/2013**. La trabajadora pertenecía a la categoría de técnico de Rayos X, y se consideró que, además de que los controles mensuales de los dos años anteriores no habían permitido detectar sometimiento a radiación alguna, según el Comité de Lactancia materna de la Sociedad Española de Pediatría, «las radiaciones ionizantes no afectan a la leche materna, ni por tanto la leche al bebé». Tampoco se demostraban otros supuestos que podían haber dado derecho a la prestación.

La **STS de 22 de noviembre de 2012, IL J 306/2013**, reitera la jurisprudencia reciente del Tribunal en cuanto al acceso de las tripulantes de cabina a la prestación por riesgo durante la lactancia natural, y según la cual la distribución horaria del trabajo y el lugar de la prestación de servicios hacen imposible la pauta para las tomas de la lactancia, y la extracción de la leche conlleva riesgos para la salud de la madre y puede producir inhibición de la leche.

La **STSJ de Murcia de 26 de noviembre, IL J 96/2013**, no reconoce el derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo en tanto que la trabajadora puede eludir los riesgos del trabajo mediante adopción de los necesarios equipos de protección individual de los que dispone (ej. uso de guantes que eviten la exposición con productos químicos), por lo que no se cumple con el requisito de acreditar que las condiciones del puesto de trabajo influyen o pueden influir de manera negativa en la salud de la mujer y del feto.

Por otra parte, la **STSJ de Cataluña de 3 de octubre, IL J 178/2013**, coincide con el juzgador de instancia en observar como fraudulenta la actuación del demandante y, a razón de ello, la no procedencia de una prestación por maternidad, confirmando la sentencia recurrida. En base al artículo 133 quinquies LGSS, que contempla de forma expresa como causa de anulación de la prestación por maternidad la conducta fraudulenta, el Tribunal valora no probada la situación real y objetiva que motivara que a la trabajadora, dos meses antes del parto, le es aumentada la jornada de completa a parcial por el empresario, que en este caso será el padre del después nacido, al no existir prueba de una necesidad de trabajo suficiente para ello, cuando antes había sido despedido un trabajador en ese puesto de trabajo y cuando después no fue contratado ningún trabajador mediante interinidad para sustituir a la trabajadora.

Ante la cuestión de la calificación de contingencia común o profesional de una IT, la **STSJ Galicia de 12 de diciembre de 2012 IL J 200/2013**, se decanta por la segunda, dado

que la incapacidad resultó de un riesgo derivado del embarazo. Las tareas que realizaba la trabajadora (carnicería), implicaba realizar esfuerzos físicos y tener una bipedestación mantenida que debía evitar ante su estado de embarazo, por constituir un riesgo para la salud de la madre o del feto.

En un caso en el cual una trabajadora, después de una situación de IT relacionada con el riesgo de perder el feto, de la cual había sido dada de alta, la **STSJ Asturias de 25 de enero de 2013, IL J 293/2013** no aceptó considerar que la interrupción de su actividad estaba relacionada a una patología relacionada con su embarazo, como lo alegaba la Mutua, sino a que no podía desempeñar su trabajo sin exponerse a riesgos para su salud o la del feto, dadas las condiciones en que se desarrollaba.

13. REGÍMENES ESPECIALES

No existe jurisprudencia de interés en la materia

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

La **STS (sala tercera) de 6 de noviembre de 2012, IL J 48/2013**, interpreta el artículo 8.2 del RD 928/1998 (actividad inspectora previa) como imponiendo la caducidad del expediente sancionador en caso de interrupción por más de tres meses de las actuaciones comprobatorias. No excluye, en ausencia de prescripción, que pueda incoar «*nuevas actuaciones de comprobación referentes a los mismos hechos*», pero deberá tratarse de actuaciones distintas, incluso formalmente, aunque las actuaciones de comprobación previas a la caducidad tengan que hacerse constar como antecedentes, en aplicación del segundo párrafo del artículo 8.2. Este segundo párrafo no puede interpretarse, como en el caso de autos, en el sentido que la Administración pueda proseguir con la tramitación de las mismas actuaciones de comprobación sin solución de continuidad, utilizando estas actuaciones para explicar por qué se dan por probados determinados hechos constitutivos de infracción, sin razonar su incorporación cómo verdaderos antecedentes.

La **STSJ Baleares, de 5 de diciembre 2012, IL J 198/2013**, anula una sanción impuesta por falta de actuación de la evaluación de riesgos del centro de trabajo en caso de cambio de condiciones de trabajo o en caso de daños para la salud producidos, ya que la resolución sancionadora no especificaba las condiciones que se habían modificado, ni los concretos daños para la salud que se hubieran producido.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2012, IL J 45/2013, analiza el artículo 2.a) de la anterior Ley de Procedimiento Laboral, para concluir que la jurisdicción social es competente para conocer una acción de indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, también en el supuesto en que, además de al empresario, se demande también a terceros ajenos a la relación laboral, pero

implicados de manera indirecta en la dirección, ejecución o vigilancia del trabajo (en el supuesto analizado por la sentencia se codemandó al arquitecto y al arquitecto técnico de la obra de la construcción en la que se produjo el accidente de trabajo), porque *«la responsabilidad extracontractual del tercero» «se inserta en el campo propio del derecho laboral»*, y por tanto en la *«rama social del Derecho»* (artículo 1 de la Ley de Procedimiento Laboral), *aunque no exista vinculación contractual entre el responsable y el trabajador; «de forma que esta especial responsabilidad extracontractual queda englobada e inmersa en la extensa y compleja materia de la prevención de riesgos laborales en el trabajo»*.

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

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.**

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

2. JUBILACIÓN.

A) Jubilación contributiva.

- a) Requisitos de acceso a la protección.
- b) Contenido de la prestación.
 - a') Base reguladora.
 - b') Cuantía de la prestación.
- c) Dinámica de la protección.
- d) Derecho transitorio.
- e) Jubilaciones anticipadas.
- f) Compatibilidad e incompatibilidades.

B) Jubilación no contributiva.

- a) Situaciones protegidas.
- b) Requisitos generales.
- c) Cuantía y dinámica.
- d) Compatibilidad e incompatibilidades.

C) Gestión, financiación y pago.

D) Previsión social voluntaria.

- a) Mejoras voluntarias.
- b) Planes de pensiones.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE.

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva).

- a) Concepto. Grados y baremos.
 - a') Criterios de valoración: los baremos.
 - b') Incapacidad permanente parcial.
 - c') Incapacidad permanente total.
 - d') Incapacidad permanente absoluta.
 - e') Gran invalidez.
- b) Requisitos del beneficiario.
- c) Prestaciones económicas.
 - a') Clases y cuantía de las prestaciones.
 - b') Base reguladora de las prestaciones.
 - c') Responsabilidad del pago de las prestaciones.
- d) Dinámica de la protección.
- e) Compatibilidad e incompatibilidades.

B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva).

- a) Concepto.

- b) Requisitos del beneficiario.
- c) Cuantía de la pensión.
- d) Dinámica de la prestación.
- e) Compatibilidad e Incompatibilidades.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA.

A) Requisitos del sujeto causante.

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos.

- a) Viudedad.
- b) Orfandad.
- c) Pensión en favor de familiares.

C) Cuantía de las pensiones.

D) Dinámica de la protección.

E) Régimen de incompatibilidades.



1. DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

b) Requisitos de acceso a la protección

En la **Sentencia del Tribunal Supremos de 30 de octubre de 2012. I. L. J. 44/2013**, la cuestión que se plantea versa sobre la incidencia en la protección del desempleo de la ausencia del territorio nacional de los beneficiarios de prestaciones establecidas en este ámbito de la Seguridad Social. Tal cuestión se ha planteado con alguna frecuencia ante los órganos de la jurisdicción social en estos últimos años. En concreto, esta Sala de lo Social ha dictado ya varias sentencias en la materia, entre ellas STS 18-10-2012.

En el supuesto que debemos resolver ahora el beneficiario de la protección del desempleo es de nacionalidad marroquí, y había marchado a Marruecos, sin comunicarlo a la entidad gestora, desde el 25 de mayo de 2009 hasta el 24 de enero de 2010 (240 días). En la resolución impugnada consta como circunstancia sobrevenida del desplazamiento que, según certificados médicos, la madre del beneficiario precisó «tratamiento médico» (no se dice cuál) desde el 15 de agosto de 2009 al 14 de abril de 2010, «precisando la ayuda de familiar» (no se especifica que hubiera de ser el demandante).

La sentencia recurrida ha desestimado el recurso de suplicación del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), confirmando la sentencia de instancia que había estimado la demanda del beneficiario de la prestación de desempleo, dejando sin efecto la resolución del SPEE de 17 de agosto de 2009 en la que se había acordado «extinguir la percepción de la prestación o subsidios reconocidos» «por el motivo de no comunicar su salida al extranjero habiendo generado cobro indebido».

La sentencia aportada para comparación, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en fecha 24 de noviembre de 2010, ha resuelto en sentido opuesto un asunto sustancialmente igual, declarando el efecto extintivo de una ausencia del territorio nacional por un «período superior a quince días en un año», sin haberlo comunicado al SPEE, con base en el artículo 6.3 del RD 625/1985 (redacción RD 200/2006).

La primera disposición legal a tener en cuenta en la decisión de los casos litigiosos generados por la ausencia del territorio nacional de los beneficiarios de prestaciones de desempleo es el artículo 203 de la Ley General de la Seguridad Social.

Una segunda norma legal a considerar es el artículo 213.g) LGSS, que establece como causa de extinción de la protección por desempleo el «*traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen*».

Otra disposición que puede influir en la decisión de este tipo de casos litigiosos es el artículo 231.1 LGSS, que incluye entre las «*obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo:...* b) *proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones;...* e) *solicitar la baja en las situaciones de desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones*».

El Real Decreto 625/1985 contiene el Reglamento de la Protección por Desempleo, al que remite la LGSS. Su artículo 6.3 (redacción RD 200/2006) contiene varios preceptos en la materia controvertida. En primer lugar prevé una de las excepciones reglamentarias a la regla de extinción de la prestación de desempleo por traslado de residencia al extranjero («*búsqueda o realización de trabajo*» o «*perfeccionamiento profesional*» por tiempo inferior a «*doce meses*»). A continuación recuerda que, con la salvedad anterior, el traslado de residencia es «*causa de extinción*» de la prestación reconocida. Puntualiza después como supuesto excepcional que «*la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año*» no es causa de extinción de la prestación de desempleo. Y concluye, en fin, que esta ausencia del territorio nacional, en cuanto que pueda tener repercusión sobre la dinámica de la prestación de desempleo, desencadena las obligaciones de información o comunicación previstas en el artículo 231.1 LGSS («*sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas*» en dicho precepto legal).

Por último, el artículo 64 del Reglamento comunitario 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, proporciona determinadas reglas (para desplazamientos en el ámbito de la Unión Europea) o pautas normativas (para otros desplazamientos) con arreglo a las cuales se ha de medir (o se puede medir), en los casos de salida al extranjero, el cumplimiento de los deberes del beneficiario de «*permanecer a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente*» que abona la prestación. Entre estos criterios figura el sometimiento del beneficiario «*al procedimiento de control organizado en éste*» [el Estado que paga la prestación] [artículo 64..1. b)], el cumplimiento «*de los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro*» [artículo 64..1. b)], y la conservación en principio del «*derecho a las prestaciones durante un período de tres meses a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda*» [artículo 64..1. c)].

Es cierto que, en principio, esta disposición comunitaria sólo es aplicable directamente a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros o asimilados (artículo 2.1). Pero, incluso en aquellos supuestos en que no se trata de reglas de aplicación directa, la normativa del artículo 64 del Reglamento comunitario 883/2004 pone de manifiesto lo que la doctrina científica ha llamado la «territorialización de la prestación» de desempleo, esto es, la admisión de cláusulas de residencia o de vinculación con el mercado de trabajo del país que paga.

La diversidad de supuestos litigiosos y la complejidad de la normativa aplicable aconsejan una exposición lo más clara posible de las distintas soluciones jurisprudenciales que corresponde en derecho a tales supuestos. El Tribunal Supremo sigue en este caso la técnica utilizada en la STS 22-11-2011, que distingue tres grupos de situaciones de la protección del desempleo: prestación «mantenida», prestación «suspendida» y prestación «extinguida»:

a. Una prestación «mantenida» en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno.

b. Una prestación «extinguida», salvo el supuesto particular que se indica a continuación, en los casos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte «traslado de residencia», es decir por más de los noventa días que determinan en la legislación de extranjería el paso de la estancia a la residencia temporal

c. Una prestación «suspendida» en el supuesto particular del artículo 6.3 del RD 625/1985 (redacción RD 200/2006) de «*búsqueda o realización de trabajo*» o «*perfeccionamiento profesional*» en el extranjero por tiempo inferior a «*doce meses*».

d. Una prestación «suspendida», en todos los demás supuestos en que se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a noventa días, con la consiguiente ausencia del beneficiario de la prestación de desempleo fuera del mercado de trabajo español.

La aplicación de la doctrina general establecida en esta sentencia al caso controvertido conduce a la conclusión, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, de que nos encontramos ante un supuesto de prestación «extinguida», como pide la entidad gestora en contra de lo que ha resuelto la sentencia recurrida.

De conformidad con el relato de hechos probados fijado en la presente litis, la persona beneficiaria de la prestación de desempleo se desplazó a Marruecos por tiempo superior a noventa días (doscientos cuarenta días), ausentándose por tanto del mercado de trabajo español, con el incumplimiento consiguiente del requisito de disponibilidad para los servicios públicos de empleo de España. Esta larga ausencia, que constituye por sí sola traslado de residencia al extranjero a los efectos del artículo 213.g) LGSS, se llevó a cabo además sin comunicación a la entidad gestora. Y los certificados médicos aportados ni justifican por su carácter genérico la conducta de incumplimiento del beneficiario, ni en cualquier caso podrían impedir la pérdida definitiva de la prestación de desempleo, habida cuenta de que una ausencia tan prolongada del mercado de trabajo español afecta a la subsistencia de un requisito esencial de la propia contingencia o situación de desempleo, tal como se define en el artículo 203 LGSS.

La conclusión del razonamiento es que el recurso del SPPE debe ser estimado.

Véase en el mismo sentido Sentencia TSJ Madrid 548/2012, de 10 de septiembre IL J 65/2013.

En la **Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de septiembre, IL J 88/2013**, se resuelve acerca de la procedencia o no de la prestación por desempleo de un trabajador en excedencia especial en otra empresa, con contrato indefinido, de la que causa baja voluntaria para incorporarse en su empresa originaria, Caja Madrid, a fin de ser incluido en el ERE, sin tan siquiera llegar a prestar servicios en la Caja.

La protección por desempleo alcanza, según dispone el artículo 203.1 de la Ley General de la Seguridad Social, a quienes pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo. La prestación contributiva, según el artículo 204.2 de la Ley General de la Seguridad Social, tiene como objeto proporcionar prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo.

En el caso de la demandante, como refiere la sentencia de instancia, con base en los hechos constatados, concluyó su relación laboral en una empresa para reincorporarse en otra sin tan siquiera llegar a prestar servicios porque se acogió a unas medidas de prejubilación. Con estos datos, que son los que refleja el relato fáctico y aquí no se ha modificado, lo que no se constata es que la baja en la empresa Pluritel no fuera voluntaria, tampoco que en Caja Madrid fuera motivada por el expediente de regulación de empleo que se refleja en el ordinal cuarto de los hechos probados porque, tal y como indica la juez de instancia, realmente «ni podía estar en el listado ni reunía los requisitos» para incluirse en el ERE ya que formaba parte de otra empresa distinta a la que había obtenido la autorización de extinción colectiva. Además, como también refiere la juez de instancia, la baja en la empresa Pluritel no fue para reincorporarse en Caja Madrid sino para incluirse en un expediente de regulación de empleo y conseguir con esa decisión los derechos laborales que, de mantenerse en excedencia desaparecería y, entre ellos, el derecho no solo a la indemnización por extinción sino la prestación por desempleo (STS Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2006).

En consecuencia, si Caja Madrid quiso concluir la situación de excedencia especial para incluir a la demandante en un expediente de regulación de empleo, realmente esa reincorporación a la actividad laboral nunca se llevó a cabo y, por tanto, el trabajador nunca perdió un empleo en Caja Madrid, ya que éste no existía ni lo ocupó. Ello es suficiente para entender que la situación legal de desempleo, respecto del perdido en Caja Madrid no se ha producido. Como tampoco consta que se haya producido un cese involuntario en Pluritel al desconocerse las condiciones de aquella extinción y, en definitiva, que no fuera por la pura voluntad del trabajador cuya incorporación a Pluritel no consta que fuera por decisión de Caja Madrid.

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por D. Claudio, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 15 de Madrid.

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2012, IL J 42/2013**, se resuelve acerca de la procedencia o no de la prestación por desempleo de la demandante que se ausenta 20 días al extranjero por motivos familiares sin comunicación previa a la entidad gestora.

La demandante, perceptora de prestaciones por desempleo, viajó a su país el 15 de octubre de 2009 y regresó a España el 5 de noviembre de 2009. Al solicitar el subsidio por desempleo una vez agotada la prestación, el Servicio Público de Empleo advierte su salida al extranjero y le comunica el 13 de mayo de 2010 el carácter indebido de las cantidades percibidas entre el 15 de octubre de 2009 y el 16 de marzo de 2010, procediendo además a la extinción de la prestación. En la vía jurisdiccional, el Juzgado de lo Social estima la demanda y la sentencia es confirmada en suplicación, en cuya fundamentación se afirma que el trabajador no ha dejado de observar ninguna de las obligaciones impuestas por el artículo 231.1.g) de la LGSS, las de comparecer en la oficina de empleo y la de renovar el documento de revisión de la demanda de empleo, añadiendo que una estancia de veinte días en el extranjero no constituye un cambio de residencia.

En la STS de 18 de octubre de 2012, se concluye que es cierto que la persona beneficiaria de la prestación de desempleo se desplazó a Ucrania, ausentándose del mercado de trabajo español, por razones familiares en principio atendibles. Pero no es menos verdad que este desplazamiento, respecto del cual no se cumplieron las previsiones de la libranza de 15 días como máximo establecida en el artículo 6.3 RD 625/1985, se llevó a cabo tanto sin comunicación en tiempo oportuno a la entidad gestora. Ahora bien, la estancia en el extranjero fue breve, con regreso a España el 25 de agosto de 2008, a las tres semanas de haberse ausentado, por lo que no concurre en el caso la circunstancia de traslado de residencia, generadora de extinción de la prestación, a que se refiere el artículo 213.g) LGSS, en los términos en que ha sido definida en el fundamento jurídico cuarto.»

La aplicación de la anterior doctrina al caso concreto, en el que una trabajadora perceptora de prestaciones de desempleo se ausentó del territorio español del 15 de octubre al 5 de noviembre de 2009, comunicándole el SPEE la extinción de la prestación, así como la percepción indebida de 2.289,73 euros por el periodo transcurrido fuera del territorio español y el restante para concluir el periodo reconocido, debe conducir a calificar el supuesto como de prestación suspendida, limitando el cobro de lo indebido a la duración de la estancia, 351,40 euros, estimando en parte el recurso.

Por lo expuesto y visto el informe del Ministerio Fiscal, procede la parcial estimación del recurso, y resolver el debate de suplicación estimando también en parte el recurso, revocando en parte la Sentencia del Juzgado de lo Social y reduciendo a parcial la estimación de la demanda.

Véanse en este sentido las Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2012 IL J 41/2013.

f) Compatibilidad e incompatibilidades

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2013, IL J 250/2013**, el SPEE declaró indebida la prestación de desempleo percibida por el trabajador durante el periodo de 26 de enero de 2008 a 17 de mayo de 2009 (por importe de 9.634,49 €), resolución que es revocada por la sentencia del Juzgado.

El trabajador había sido despedido el 25 de enero de 2008, declarándose por sentencia que el despido era improcedente y condenando a la empresa a la opción entre readmisión o indemnización y al pago de los salarios de tramitación. En ejecución de sentencia se

dictó Auto extinguiendo la relación laboral con fecha 5 de septiembre de 2008, fijándose el importe de la indemnización, pero no el de los salarios de tramitación «... al no solicitarlos el actor, por encontrarse ya percibiendo prestación de desempleo...». Declarada la insolvencia de la empresa por Auto de 6 de marzo de 2009, el Fondo de Garantía Salarial (FGS) reconoció al trabajador el derecho a percibir la indemnización pero no los salarios de tramitación.

El demandante inicial recurre ahora en casación para unificación de doctrina invocando, como sentencia contradictoria, la dictada por la misma Sala de Sevilla el 17 de noviembre de 2011 (rollo 809/2011).

En ella se trataba de un trabajador de la misma empresa, despedido en la misma fecha que el aquí recurrente, que obtuvo sentencia del mismo Juzgado también en la misma fecha, declarando igualmente improcedente el despido. En fase de ejecución de dicha sentencia se produjeron las mismas circunstancias: por Auto se declaró extinguida la relación laboral con efectos de 5 de septiembre de 2008 fijando la indemnización pero negándole salarios de tramitación por «no solicitarlos el actor, por encontrarse ya percibiendo la prestación de desempleo...». Declarada la insolvencia de la empresa, el trabajador obtuvo del FGS el importe correspondiente a la indemnización pero no así salarios de tramitación. El SPEE había reconocido al trabajador prestación por desempleo desde el día siguiente al despido, si bien dictó nueva resolución declarando indebidas las prestaciones. Interpuesta demanda frente a dicha resolución del SPEE, el Juzgado de lo Social de Algeciras estimó su pretensión y, recurrida dicha sentencia en suplicación por parte del SPEE, la Sala del Tribunal Superior de Justicia dictó sentencia en la que, analizando el artículo 209.5 c) LGSS, para concluir que la acreditada falta de efectiva percepción por el trabajador de los salarios de tramitación resultaba decisiva para sostener que se ha producido su desprotección, y confirmaba así la sentencia del Juzgado.

El debate que el presente litigio suscita ha de desarrollarse partiendo del dato incontrovertido (común a las dos sentencias comparadas) de la falta de percepción efectiva por parte del trabajador de los salarios de tramitación. Conviene poner de relieve que dichos salarios de tramitación fueron incluidos en la condena a la empresa de la sentencia que declaró improcedente el despido y que, si no fueron percibidos por el trabajador a partir de dicha sentencia, fue a causa de la conducta o situación de la empresa.

A partir de ahí, el Auto dictado en ejecución de sentencia los excluye de la liquidación sosteniendo que la percepción de prestaciones de desempleo determinaba una falta de reclamación por parte del trabajador. No consta que existiera una renuncia por parte del trabajador, salvo la mera información de que se hallaba percibiendo prestaciones de desempleo, por lo que la cuestión de la eventual incompatibilidad entre salarios de tramitación y prestaciones de desempleo no puede ser analizada desde la perspectiva de una decisión clara del trabajador de renunciar a los primeros, sino desde la consideración del hecho cierto e incontrovertido de su no percepción.

El relación a la cuestión de la coincidencia en el tiempo de salarios de tramitación y prestaciones por desempleo, el artículo 209.5 c) LGSS se refiere a los supuesto en que, en el proceso de despido, debiera haberse producido al readmisión, pero ésta no se produjo. De ahí que el precepto se refiere al percibo de prestaciones por parte del trabajador «si no las estuviera percibiendo...». Sólo en el caso de estar percibiéndolas, se pone en marcha

el complejo mecanismo de la restauración de la incompatibilidad, al que nos referíamos en la STS de 1 de febrero de 2011 (rcud. 4120/2009, dictada por el Pleno de la Sala).

No siendo ello así; es decir, no habiéndose producido el doble y coincidente abono, resulta imposible considerar indebidas las prestaciones de desempleo, puesto que en el caso que se examina —igual que en el resuelto por la sentencia de contraste— el trabajador llevó a cabo de modo puntual toda la actividad procesal a su alcance para la ejecución de la sentencia que le había reconocido el derecho a tales salarios, acudiendo asimismo ante el FGS, tras ser declarada insolvente la empresa.

Tuvimos ocasión de señalar en las SSTS de 26 de marzo de 2007 (rcud. 1646/2006) y 18 de mayo de 2011 (rcud. 3815/2010) que de lo que se parte en el artículo 209 LGSS «... es de que ha habido una doble percepción de salarios de tramitación y prestaciones de desempleo en el primer período de reconocimiento inicial de la prestación y esto hace que la solución del reintegro no pueda, en principio, aplicarse cuando, (...), como consecuencia de la desaparición y/o insolvencia de la empresa, los salarios de tramitación no se han percibido. Si se aplicara esa solución, se produciría un grave y desproporcionado perjuicio al trabajador, que tendrá que devolver unas prestaciones que ha disfrutado por mandato de la Ley por una situación real de desempleo y cuando no ha surgido realmente ninguna causa de incompatibilidad, pues no ha percibido salario alguno en el período subsidiado».

Por ello, la doctrina correcta es la que se contenía en la sentencia de contraste, como también sostiene el informe del Ministerio Fiscal.

Procede estimar el recurso del trabajador y, en consecuencia, casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimamos el recurso de igual clase planteado por el SPEE y confirmamos la sentencia del Juzgado de instancia. Sin costas.

Véase en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013, IL J 264/2013.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo.

b') Subsidio de prejubilación

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2012, IL J 33/2013 la cuestión debatida se contrae a determinar en qué momento debe tenerse en cuenta lo adquirido por vía hereditaria para el cómputo de las rentas percibidas a efectos del mantenimiento del derecho al subsidio de desempleo para mayores de 52 años.

Consta en el relato fáctico de la sentencia que la actora, a la que se había reconocido el subsidio por desempleo para mayores de 52 años por resolución de 28 de septiembre de 2006, heredó parte de un inmueble y fondos dinerarios. La escritura pública de partición de la herencia se produjo en julio de 2008, pero la actora no comunicó nada al SPEE hasta que en enero de 2011 cobró la parte que le correspondía tras la venta del inmueble.

Con fecha 17 de marzo de 2011 el Servicio Público de Empleo Estatal dictó resolución por la que se extinguía el subsidio reconocido a la actora, al entender que ésta había dejado de reunir los requisitos establecidos para su percepción el 10 de julio de 2008, por haber percibido en dicha fecha una herencia de 10.720,46 euros, circunstancia que no comunicó

al citado Servicio Público; la indicada resolución consideraba como percepción indebida por desempleo la cuantía de 12.956,54 euros correspondientes al periodo de 10 de julio de 2008 al 28 de febrero de 2011, cantidad que la actora reintegró al Servicio Público.

La sentencia impugnada revoca la de instancia, entendiendo ajustada a derecho la resolución administrativa, por aplicación del artículo 215.3.2 de la Ley General de la Seguridad Social, razonando que como renta o ingreso no solo se han de computar los rendimientos de los bienes sino los bienes mismos al entrar a formar parte del patrimonio del perceptor del subsidio, sin esperar a que genere rentas o a que se venda y se perciba el dinero correspondiente, y concluye señalando que el patrimonio que recibió la actora en el año 2008 superaba el 75% del salario mínimo interprofesional, causa para no tener derecho al subsidio.

La parte recurrente alega que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el artículo 215.3.1. de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el primer apartado de dicho artículo. Mantiene que el mero ingreso de la parte alícuota de una vivienda procedente de una herencia no puede tener la consideración de renta, y argumenta que hasta enero de 2011 la actora no recibió cantidad alguna por la enajenación del bien heredado, por lo que debe reconocérsele el derecho al subsidio durante el periodo a que se refiere la resolución administrativa.

Tanto la sentencia de contraste como el voto particular, se apoyan en la sentencia de la Sala de 27 de marzo de 2007, recurso 706/2010, obviando que la propia sentencia invocada resalta que aquella doctrina ha perdido vigencia en la actualidad, una vez que el legislador ha procedido, mediante la Ley 45/2002, de 12 de Diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, a dar nueva redacción al número 3.2 del artículo 215 de la Ley General de la Seguridad Social, conforme al cual: «Se considerarán como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer el desempleado derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario...». Esta previsión legal es muy distinta de la anterior y ha provocado, como queda dicho, una actualización de la doctrina unificada. En efecto, la nueva normativa del Artículo 215.3.2) de la Ley General de la Seguridad Social, obliga a considerar como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer el desempleado, y en aplicación de la misma, se comparte el razonamiento de la sentencia recurrida, por cuanto que los bienes hereditarios pasaron a formar parte del patrimonio de la actora, cuando se otorgó la escritura pública de partición de la herencia, de conformidad con el Artículo 1068 del Código Civil que establece que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, y a partir de ese momento la recurrente había incorporado a su patrimonio un bien del que podía disponer, que entra en el concepto de ingreso computable en cuanto a los rendimientos presuntos (50% del interés legal del dinero vigente).

Por tanto, no discutidos la existencia ni cuantía de esos rendimientos presuntos, sino únicamente la fecha a partir de la cual deben computarse esos rendimientos presuntos, es claro que la fecha a tomar en cuenta para determinar si se supera o no el umbral del 75% del salario mínimo interprofesional será la de la adquisición del patrimonio susceptible de producir aquellos rendimientos.

En la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de octubre, IL J 333/2013**, la representación procesal de la parte demandada, SERVICIO PÚBLICO ESTATAL DE EMPLEO, interpone recurso de suplicación frente a la sentencia n.º 407/2011 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 12 de Barcelona en los autos 6483/2010, por la que se estima la demanda interpuesta por D. Gaspar frente al SPEE y reconoce al demandante el derecho a percibir el subsidio de desempleo para mayores de 52 años con efectos desde 22/03/2010 y se condena al Ente Gestor a estar y pasar por tal reconocimiento.

El SPEE, en resolución de 24/05/10 resolvió denegar el subsidio de desempleo al actor.

Al amparo del artículo 191.c) LPL, solicita el recurrente el examen de las infracciones de normas jurídicas o de la jurisprudencia, señalando como normas infringidas el artículo 215.1.1.a) y 1.3 del RDL 1/94 en relación con el artículo 213.1.a y d) del mismo texto legal, que reproducimos a continuación para mayor claridad.

La recurrente entiende tales preceptos han sido infringidos porque en el supuesto de autos el actor extinguió su prestación por desempleo por realización de un trabajo por cuenta propia superior a 24 meses y no por agotamiento de la misma, por lo que no podría acceder al subsidio para mayores de 52 años, ya que no puede acceder a los subsidios por agotamiento de la prestación contributiva a que se refiere el artículo 215.1.1.a) y b) LGSS.

La impugnante se opone al motivo único del recurso, pues considera que la capitalización de las prestaciones de desempleo que llevó a cabo el actor para darse de alta en el RETA, en el que estuvo 2 años, supone un agotamiento de las prestaciones. Además, aduce la doctrina del TS del carácter finalista del subsidio para mayores de 52 años, que tiene por objetivo garantizar el subsidio a aquellas personas que hubieran cotizado 6 años por desempleo, tener 15 años cotizados y dos en los últimos 15 a la fecha del hecho causante.

A la vista de la normativa aplicable, son requisitos para la obtención del subsidio para mayores de 52 años (artículos 215.1, artículo 219.5 y artículos 7.2 y 10.2 RD 625/85):

- 1) Ser mayor de 52 años, con o sin responsabilidades familiares.
- 2) Encontrarse en alguno de los supuestos previstos para el subsidio de desempleo en los artículos 215.1.1 y artículo 215.1.2 LGSS. En el caso de autos se trata del supuesto referente a:

- 1) Parados que, figurando inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de un mes, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, y careciendo de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Haber agotado la prestación por desempleo
- 3) Haber cotizado al desempleo durante al menos 6 años durante su vida laboral
- 4) Acreditar que, al momento de la solicitud, reúne todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el Sistema de la SS.

5) Los trabajadores que cumplan tales condiciones pueden obtener el subsidio (artículo 7.3 RD 625/85) en caso de:

- a) Estar percibiendo o tener derecho a percibir un subsidio
- b) Haber agotado un subsidio
- c) Haber agotado una prestación por desempleo y no percibido el subsidio correspondiente o haberlo extinguido, por carecer, inicialmente o con carácter sobrevenido, del requisito de rentas y, o, del de responsabilidades familiares.

En el caso de autos el trabajador cumple con todos los requisitos, siendo el único que se discute el de si ha agotado o no una prestación por desempleo.

El SPEE entiende que no, al contrario de la sentencia recurrida, porque el SPEE, mediante resolución de 01/02/07 aprobó la solicitud de abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, por los últimos 168 días de la prestación con efectos de 01/01/07, y después el actor se dio de alta en el RETA con efectos 01/01/07 hasta el 30/06/09, en que se dio de baja, inscribiéndose como demandante de empleo y estando en tal situación a fecha de solicitud del subsidio el 22/03/10.

La recurrente entiende que el trabajador no agotó la prestación de desempleo conforme al artículo 213.1 LGSS sino que la extinguió por realizar un trabajo por cuenta propia, por tiempo igual o superior a 24 meses, por lo que no cumpliría con el requisito en cuestión.

El motivo de recurso no puede prosperar. La prestación de desempleo previa se agotó, y ello es así, porque los últimos 168 días de la prestación se percibieron por la modalidad de pago único, lo que conlleva que aquella fue agotada. Ahora bien, agotada tal prestación el actor estuvo de alta en el RETA durante unos 30 meses y después volvió a ser solicitante de empleo.

Importa, por ello, precisar si el requisito del agotamiento de la prestación ha de ser inmediatamente anterior a la petición del subsidio o puede existir entre ambos hechos un período de alta en el RETA.

Así las cosas, como bien recoge la STSJ de Galicia, el agotamiento del plazo de duración de la prestación, como causa de su extinción, se ha asimilado a los supuestos en que la misma no se había agotado pero tampoco se había solicitado su reanudación y por ello, se había perdido el derecho.

Pues bien, en el caso de autos, el desempleo se agotó por percepción de los últimos 168 días de la prestación por la modalidad de pago único, y el hecho de que después hubiera un alta en el RETA no comporta la extinción ulterior de una prestación previamente agotada. Ello es así, porque el artículo 5.1 del RD 1044/85 de 19 de junio que regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual del importe establece que «1. La prestación por desempleo se considerará extinguida por la causa prevista en el apartado a) del artículo 11 de la Ley 31/1984), cuando el trabajador perciba el importe total de la misma, por su valor actual.»

En este sentido el artículo 11.a) de la derogada Ley 31/84 establecía la misma causa de extinción que el vigente artículo 213.1.a) LGSS, esto es, el agotamiento del plazo de duración de la prestación.

Por todo lo expuesto, procede la íntegra desestimación del recurso.

d') Otros subsidios especiales

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de de 21 de enero de 2013, IL J 164/2013**, la trabajadora ha prestado servicios como tripulante en el buque de bandera de Bahamas «Pride of Bilbao» mediante sucesivos contratos temporales hasta el 30 de septiembre de 2010, habiendo solicitado el reconocimiento de subsidio por desempleo en su condición de emigrante retornado, petición denegada en Resolución de 18 de octubre de 2010, con base en que la actora no ostenta la condición de emigrante retornado al no haber trabajado en el extranjero desde la última salida de España un mínimo de 12 meses en los últimos seis años anteriores al retorno. La sentencia del Juzgado de lo Social desestimó la pretensión en sentencia posteriormente revocada en suplicación por la sentencia que ahora se impugna. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, tras aceptar la revisión del relato histórico para incluir las distintas fechas de duración de los contratos celebrados por la demandante, razona que su última estancia en España no debe computarse única y exclusivamente por los días que permanece en territorio nacional en septiembre, puesto que son expectativas de embarque y son días de trabajo, son mínimas las ausencias de prestación de servicios certificadas y cualquier tipo de estancia esporádica, a criterio de la Sala en modo alguno contraindica la finalidad de la norma, así, finalizadas la prestación como de servicios en el extranjero, la beneficiaria del derecho a protección por desempleo debe obtenerla, aunque la misma derive en la problemática que dice relación (sic) al tipo de nacionalidad del buque (Bahamas). Recurre el Instituto Social de la Marina en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 16 de septiembre de 1997 por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Concurre entre ambas resoluciones la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el Artículo 219 de la LRJS, sin que sea obstáculo para ello que la distinta regulación del artículo 215 fijara un diferente periodo de emigración eventual en cada periodo.

La recurrente alega la infracción del artículo 215.1.º.c) de la LGSS, que entiende producida al hallarnos en presencia de diversos embarques y desembarques en buque de bandera extranjera que responden a diversos contratos de trabajo y no a una única relación laboral, lo que constituye un supuesto de emigración breve, que no acarrea derecho al subsidio, pues la emigración eventual debe superar el periodo de doce meses en seis años, sin interrumpir ese periodo de actividad.

La cuestión que se plantea ha sido resuelta en las recientes sentencias de esta Sala de 17 de diciembre de 2012 y de 18 de diciembre de 2012 cuyo núcleo esencial de razonamiento reproducimos a continuación: «A) No le cabe duda a la Sala que la prestación de servicios de la demandante constituye una única relación laboral, aunque haya existido entre los sucesivos contratos de embarque unos breves espacios de tiempo, incluidos unos días de vacaciones, durante los cuales la demandante ha permanecido en su residencia en Bilbao. En efecto, estos breves períodos de tiempo se explican en función de las peculiares características de dichos contratos, máxime, en casos de trayectos no excesivamente largos como los que efectuaba el Buque “Pride of Bilbao” (PB), y son similares a la expectativa de embarque, que viene definida en el artículo 9 del IV Convenio General de la Marina Mercante, que la define como “la situación del tripulante que se halla en su domicilio, procedente de una situación diferente a la de embarque o comisión de servicio, disponible y a las órdenes de la Empresa. La expectativa de embarque durará hasta el día anterior en

el que el tripulante salga de su domicilio para entrar en situación de “servicio de empresa”. En ningún caso se podrá mantener al tripulante por un tiempo superior a treinta días a partir de este momento a situación de “comisión de servicio”. Durante la expectativa de embarque el tripulante percibirá el salario profesional y disfrutará de vacaciones de Ordenanza». Por otra parte, también es claro que resulta de aplicación en casos como el presente, de concatenación de contratos, el principio de la «unidad esencial del vínculo contractual» acuñado, con algún precedente anterior, por la sentencia dictada por el Pleno de la Sala en fecha 8 de marzo de 2007.

Lo expuesto en el apartado anterior, implica, que no puede considerarse que cada finalización del contrato, seguida de vacaciones y tiempo de espera hasta un nuevo embarque constituya un retorno/nueva salida como entiende la Entidad Gestora, sino que debe entenderse —a los efectos de aplicación del artículo 215.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social— que ha existido un único «retorno» que se produce, al cesar la demandante en su trabajo, como consecuencia, precisamente, de que al cerrar la línea, el Buque dejase de prestar los servicios que venía efectuando.

A tenor de las consideraciones hasta aquí efectuadas, hemos de entender, que la descrita situación de la demandante tiene encaje en el repetido artículo 215.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social rectamente interpretado, pues resultaría absurdo, a juicio de la Sala, que por no prever específicamente la norma un supuesto singular de trabajador español emigrante retornado, cual es el del trabajador que ha prestado servicios como tripulante en un Buque de bandera de País no perteneciente al Espacio Económico Europeo durante un dilatado período de tiempo, y que por cierre de la línea (Bilbao-Portsmouth) que cubría dicho Buque, ha visto extinguida su relación laboral, y regresado («retornado») a España con carácter permanente, se le deniegue el subsidio solicitado, cuando es precisamente el momento en que ha surgido la contingencia protegida.

La interpretación que efectuamos no sólo viene avalada por el mandato del artículo 24.1 de nuestra Constitución a los jueces y tribunales, que induce al ajuste equilibrado de la norma al caso concreto, pues sólo así se realiza la tutela judicial efectiva, sino también porque como recuerda la reciente sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2012 dictada también en supuesto de subsidio de desempleo «de una parte, “... la interpretación de las normas ha de ser acorde a la Constitución, de acuerdo con el artículo 5.1 LOPJ, lo que significa que de entre los posibles sentidos de la norma haya de elegirse “aquel que sea más conforme con las normas constitucionales”; y de otra parte... “las decisiones judiciales deben adecuarse al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales, y los principios rectores de la política social y económica no son meras normas sin contenido sino que —por lo que a los órganos judiciales se refiere— las resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 CE”».

Por razones de homogeneidad y seguridad jurídica la anterior doctrina también deberá ser aplicable al objeto de debate en las presentes actuaciones al no existir nuevos motivos que aconsejen su modificación, a la vista de la esencial coincidencia en cuanto a los hechos que sustentaron la pretensión y normas rectoras de la misma.

Véase en el mismo sentido las SSTs de 19 de febrero de 2013, IL J 274/2013, y de 17 de diciembre de 2012, IL J 244/2013.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) *Requisitos de acceso a la protección*

— Jubilación forzosa por convenio colectivo

Sobre las cláusula de los convenios colectivos que, conforme a la legislación anterior a la última reforma laboral, preveían jubilaciones forzosas, se pronuncia la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de septiembre, IL J 80/2013**, declarando el cese improcedente de la extinción del contrato de trabajo por jubilación forzosa del trabajador al no expresar debidamente el convenio los objetivos concretos de política de empleo que sirven de sustento y justificación a tal medida. Establece la Sentencia, conforme a la doctrina sentada del Tribunal Supremo, que los objetivos de política de empleo que justifican la introducción de cláusulas en los Convenios Colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo cuando el trabajador cumpla la edad ordinaria de jubilación no pueden ser ya de carácter genérico e incondicionado, sino que deberán necesariamente explicitarse en el Convenio Colectivo, mencionando objetivos legítimos tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo.

Como indica la Sentencia, se persigue con esta regulación conciliar adecuadamente los derechos individuales de los trabajadores con los intereses colectivos derivados de unas circunstancias concretas relacionadas con el empleo. Además, se establece como requisito para el establecimiento de las citadas cláusulas que el trabajador cuyo contrato puede extinguirse por razón del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación tenga en ese momento asegurado el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva por tener cubierto el período mínimo de cotización, o uno mayor si así se hubiera pactado en el Convenio Colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social. Se protegen de esta manera las expectativas de los trabajadores para acceder a la jubilación en unas condiciones más adecuadas evitando la interrupción de carreras de cotización por razones ajenas a la voluntad del trabajador, lo que resulta más acorde con la situación actual del mercado de trabajo y con la regulación vigente de la jubilación en España.

Por otra parte, subraya la adecuación de la citada medida normativa con la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras SSTC 02/07/1981, 29/06/1985 y 11/10/1985) y con la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de fecha 27 de noviembre, conforme a la cual, las diferencias de trato por motivos de edad, no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho Nacional de los estados miembros, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

De conformidad con lo expuesto, concluye la Sala, que no es válida la cláusula de jubilación forzosa, contenida en el artículo 43 del Convenio Colectivo de EULEN, SA, SERVICIOS AUXILIARES (BOCM n.º 97/2010, de 14 de abril), al no estar vinculada la

medida de jubilación forzosa con ningún objetivo coherente con la política de empleo, ya que en el mismo no se contiene mención alguna a la mejora de la estabilidad en el empleo, a la transformación de contratos temporales en indefinidos, al sostenimiento del empleo, a la contratación de nuevos trabajadores, ni a ningún otro objetivo que se dirija a favorecer la calidad y estabilidad del empleo.

La particularidad de esta Sentencia se refiere a los efectos de la calificación de improcedencia del despido cuando, como en este caso, el trabajador ha fallecido con posterioridad a la fecha de efectos del despido. En este sentido, la Sentencia considera que es indiscutible que la relación laboral se halla extinguida por la mera voluntad unilateral del empresario cuando el trabajador fallece con fecha 19/05/2011, esto es, con posterioridad a la fecha de efectos del despido (14/05/2011), y aunque la muerte del trabajador es una de las causas de extinción del contrato a tenor de lo dispuesto en el artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores, dicha causa ya no puede operar cuando la voluntad unilateral del empresario ha puesto fin al contrato mediante un despido (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13/05/2003 (Recurso n.º 813/2002). Abonar a los herederos del trabajador únicamente los salarios dejados de percibir hasta la fecha del óbito, es otorgar una virtualidad parcial al hecho jurídico del despido, que se califica como improcedente. Por ello, resulta más congruente con la concreta situación que se somete a la consideración de la Sala, que ante la imposibilidad material de que por el empleador se opte por la readmisión del trabajador fallecido tras el despido calificado ya como improcedente, se fije la cuantía indemnizatoria a satisfacer a los herederos legales del finado y se limiten los salarios dejados de percibir hasta el día 19/05/2011.

Por su parte, la **Sentencia TS (Sala 4) de 20 de noviembre de 2012, IL J 304/2013**, se plantea también la jubilación forzosa por cumplimiento de la edad prevista en convenio colectivo, declarando que el cese constituye despido improcedente al no vincularse a objetivos coherentes con políticas de empleo previstas en el artículo 30.3 del XII Convenio Colectivo Estatal para Centros de Educación Universitaria e Investigación. En dicho precepto se establece como medida alternativa que justifica la jubilación forzosa, la contratación de nuevos empleados que sustituyan al jubilado «dentro del marco actual de una política global de empleo que favorezca la sustitución del personal en edad de jubilación...». La Sentencia declara que no es suficiente el compromiso de la empresa de sustituir al trabajador jubilado.

La Sentencia recoge la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de julio de 2012, siguiendo lo establecido en Sentencia de 22 de diciembre de 2008, después de recordar la evolución que ha seguido en nuestro ordenamiento la regulación de la jubilación por edad.

En la Sentencia se recogen los pronunciamientos de la Sala sobre el requisito de que la vinculación con objetivos coherentes de política de empleo ha de consignarse en el Convenio Colectivo, y el significado que haya de darse al mismo (dando respuesta al «qué», «cómo» y «dónde»): que la expresión utilizada por el legislador no ha de entenderse limitada a la ocupación de la vacante dejada por el cesado, sino que ha de serlo en el sentido más amplio de mantenimiento o mejora del empleo, que realmente se concreta en tres exclusivos apartados: a) estabilidad en el empleo [conversión de los contratos temporales en indefinidos]; b) sostenimiento del empleo [contratación de nuevos trabajadores]; y c) incremento en la calidad del empleo [fórmula que hace referencia a medi-

das de variada naturaleza, como promoción profesional, conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de innovaciones tecnológicas, etc., que repercutan en bondad del empleo]. Por otro lado, la Sala considera —para que los criterios del Tribunal Constitucional no resulten burlados— que para legitimar la validez de las cláusulas de cese forzoso por edad no basta con la concreción de cualquier objetivo de los que la norma enumera [piénsese en que las citadas innovaciones tecnológicas —por ejemplo— llevan a «favorecer la calidad del empleo», pero serían endeble justificación para amortizar por sí solas puestos de trabajo por la vía de la jubilación colectivamente pactada], ni tampoco es suficiente que se haga una mera reproducción de su abstracta expresión legal, sin una concreta especificación alejada de hueca retórica, sino que entre el sacrificio [individual] que comporta el cese forzoso y la explicitada contrapartida [colectiva] de una beneficiosa política de empleo, ha de mediar un razonable y proporcionado equilibrio justificativo. Por último, las medidas de política de empleo —contrapartida al cese forzoso— han de estar expresamente referidas en el propio Convenio Colectivo y no cabe una justificación ad extra de ellas. La cuestión que en definitiva se plantea es si resulta suficiente —para justificar el cese forzoso por edad— que en el Convenio se pacten concretas medidas de política de empleo o si —por el contrario— es preciso que en el texto pactado se haga una referencia expresa a la vinculación entre el cese por edad y las medidas de empleo. Por esta última exigencia se inclina el Tribunal Supremo, siendo así que la DA 10.^a ET establece que la jubilación forzosa por edad «deberá vincularse a objetivos... expresados en el convenio colectivo». En el bien entendido de que esa expresa «vinculación» no necesariamente habrá de ubicarse en el precepto que dispone la extinción del contrato por el cumplimiento de la edad de jubilación, sino que puede expresarse al regular las concretas medidas de política de empleo o en algún otro precepto; pero siempre de forma inequívoca y relacionada.

Partiendo de esta doctrina, la Sala considera que el artículo 30.3 del Convenio Colectivo de Centros de Educación Universitaria e Investigación no establece objetivos coherentes con la política de empleo a los que se vincule la jubilación forzosa a los 65 años, ya que el único compromiso que adquiere la empresa vinculado con la jubilación obligatoria del trabajador al cumplir 65 años, tal y como resulta del tenor literal del precepto es «Dentro del marco actual de una política global de empleo que favorezca la sustitución del personal en edad de jubilación con las medidas de fomento del empleo promovidas por el Ministerio de Trabajo...». Es decir, el convenio no exige siquiera que la plaza vacante que deja el trabajador que se jubila se cubra con otro trabajador, sino que alude, de forma genérica, al marco de una política global de empleo, que «favorezca la sustitución del personal en edad de jubilación», es decir, se trata de «favorecer la sustitución», no siendo obligatorio «proceder» a la sustitución. En todo caso, aun cuando entendiéramos que ese «favorecer» la sustitución supone efectivamente la obligación de sustituir al trabajador que se jubila por otro trabajador, no sería suficiente para considerar cumplido el requisito previsto en la Disposición Adicional Décima, apartado a) del Estatuto de los Trabajadores .

Distinto pronunciamiento, sin embargo, con un importante cambio de doctrina, se lleva a cabo en dos **Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012, IL J 246/2013 e IL J 247/2013**, que consideran que las medidas que contiene el Convenio Colectivo de AENA para el sostenimiento del empleo, mejora de la estabilidad en el empleo, fomento del mismo y otras, responden a las exigencias de la D. Adicional Décima

del ET, por lo que la jubilación forzosa resulta conforme a derecho. No obstante, en ambas sentencias existe Voto Particular contrario a las mismas.

La Sentencia considera que el artículo 153 del IV Convenio Colectivo de AENA responde a las exigencias de la Adicional Décima del ET, por cuanto existe el compromiso convencional de no amortizar la vacante y de cubrir efectivamente las que se produzcan por causa de la jubilación forzosa de quien las ocupaba, cual ha ocurrido en el presente caso. Debe señalarse que la no amortización de la plaza, el cubrirla con un nuevo empleado y en definitiva el mantenimiento del número de empleados de la empresa constituye una manifestación indiscutible de una política de empleo que «en los tiempos que corremos», responde y satisface las exigencias de la citada Adicional Décima, por cuanto colabora al reparto de los puestos de trabajo que por desgracia son un bien escaso. La disposición citada considera objetivos coherentes con la política de empleo, entre otros, el sostenimiento del empleo y la contratación de nuevos trabajadores sin otras exigencias, lo que es lógico porque el primer objetivo de una política de empleo debe ser el mantenimiento del número de puestos de trabajo en la empresa.

La Sala considera importante que el nuevo Convenio Colectivo, además de la obligación de mantener el puesto de trabajo y no amortizar vacante contiene otras disposiciones en materia de política de empleo cuyo objeto es incrementar y mantener el empleo y aumentar la calidad del mismo, como los relativos a formación (artículos 45 y siguientes) y el reciclaje del personal (artículo 34)), a la conciliación de la vida familiar (traslados que facilitan la conservación del empleo (artículo 42)), reciclaje de discapacitados que les permite conservar el empleo en otro puesto de trabajo (artículo 35), protección de la maternidad (artículo 113), especial regulación del contrato de relevo por jubilación parcial con obligación de cubrir la plaza del jubilado al llegar este a los 65 años (Anexo III) y regulación del Estatuto del trabajador fijo discontinuo y a tiempo parcial con preferencia para cubrir plazas vacantes con jornada anual completa. No puede negarse, según declara la Sentencia, que las medidas enunciadas tienden a mejorar la calidad del empleo, a mantener el mismo, a incrementarlo y a dar estabilidad en su desempeño. El Convenio Colectivo constituye un todo, un conjunto de normas reguladoras de la relación laboral en la empresa que deben ser interpretadas en su conjunto y no de forma aislada, atribuyendo, cual previene el artículo 1285 del Código Civil, a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, sin que sea lícita la llamada «técnica del espiguelo» que consiste en mantener la validez de las normas favorables e impugnar la de otras que puedan tener relación con ellas, pues «*el Convenio Colectivo es un todo donde todas sus cláusulas están relacionadas y han sido pactadas en atención las unas de las otras, razón por la que son valorables, a los efectos que nos ocupan, las medidas de política de empleo contenidas en todo el Convenio y consiguientemente deben estimarse cumplidos los requisitos que la Adicional Décima del ET establecía*».

El Voto Particular, sin embargo, plantea una discrepancia a esta doctrina que se basa en dos órdenes de consideraciones: a) «en primer lugar, por la inoportunidad de la novedosa decisión adoptada por la Sala, tanto desde la perspectiva de la función que a la jurisprudencia corresponde cuanto de la realidad normativa y socio/económica en el que el diferente criterio se adopta; y b) en segundo término por razones de fondo, al no compartir los razonamientos con los que el parecer mayoritario justifica el cambio de jurisprudencia, cuyo signo —en los últimos tiempos notablemente restrictivo de esa jubilación forzosa— se

halla actualmente reforzado de forma notable por el elemento hermenéutico de la realidad social. En el Voto Particular se resalta además el desconcierto que por fuerza ha producir en los diversos operadores jurídicos el hecho de que la consolidada doctrina de la Sala sea abandonada precisamente cuando la norma [permisiva del pacto colectivo del cese por edad, con ciertas condiciones] ya ha sido derogada, en tanto que desajustada al momento social. Desconcierto opuesto al principio constitucional de seguridad jurídica [artículo 9.3 CE] y a la previsibilidad que comporta de los efectos de la norma [«la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho»: SSTC 36/1991, de 14/Febrero, FJ 5; y 37/2012, de 19/Marzo, FJ 8]; principio que si bien no puede erigirse en un valor absoluto, ello es precisamente porque «debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso» (así, STC 89/2009, de 20/Abril, FJ 3).

— Consideración como situación asimilada al alta del ingreso en prisión.

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 26 de noviembre de 2012, IL J 281/2013**, se establece la consideración del ingreso en prisión como situación asimilada al alta, debiendo ser excluido para determinar la carencia específica, considerándose que el trabajador se encuentra al corriente en el pago de las cuotas exigibles al haber abonado las no prescritas a la fecha del hecho causante.

Del artículo 161 de la LGSS se deducen como presupuestos básicos de acceso a la pensión de jubilación, la situación de alta o asimilada al alta, así como el cumplimiento de la carencia, tanto genérica, como específica, siendo así que, en orden al cumplimiento de tales exigencias, en concreto las relativas a la situación de alta o asimilada al alta, y al de carencia específica, el Tribunal Supremo ha venido manteniendo una interpretación claramente humanizadora, flexible e individualizada de las mismas a los efectos del reconocimiento de prestaciones que tienden a proteger situaciones de necesidad, evitando rigideces que en ocasiones desnaturalizarían el propio espíritu protector de la Seguridad Social, sobre todo cuando de las circunstancias concurrentes se desprende la existencia de un «*animus laborandi*» que permite suponer una voluntad presunta de no apartarse del ámbito laboral de modo definitivo. En concreto, por lo que se refiere a la exigencia del período de carencia específica para acceder a las prestaciones, se ha aplicado la denominada teoría del paréntesis (la cual viene a ser resumida por el Alto Tribunal en su Sentencia de de 24 de noviembre de 2010, con cita en su previa resolución 23 de diciembre de 2005): «1) No cabe, en ningún caso, la reducción de los períodos de carencia o cotización impuestos en las normas legales y reglamentarias. 2) El listado legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustivo. Así es de ver en los artículos 125.2 de la LGSS - 94, y 36.17 del Real Decreto 84/1996 que aprobó el «Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social». Y ello permite entender que, desde la aprobación de la Constitución existe una laguna legal que debe ser integrada (sentencia 23-10-99, rec. 2638/98). 3) Los tiempos excluidos del periodo computable, son en principio aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad. La Sala ha considerado como tales: A) la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo porque esta situación acredita el «*animus laborandi*», o lo que es igual «la voluntad de

no apartarse del mundo laboral»; B) la antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar; C) la percepción de una prestación no contributiva de invalidez en que tampoco se cotiza; D) el periodo de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral, cuando el recluso ha mostrado durante él, su disponibilidad para el trabajo mediante la realización de servicios personales; E) La existencia comprobada de una grave enfermedad «que conduce al hecho causante, por la que es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta». Por igual razón, cabe también excluir del periodo computable a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y carencia, un «interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo», que no es revelador de esa «voluntad de apartarse del mundo laboral». «La valoración de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su «carrera de seguro», y también en su caso, la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal»; en definitiva, si su duración es poco significativa en proporción al tiempo de cotización acreditado.

Aplicando todo ello al caso examinado, en el que el actor permaneció en prisión desde el 14-05-2002 hasta el 16-02-2010, solicitando la pensión de jubilación en fecha 18-11-2009, coincidente con el cumplimiento de los 65 años de edad, constando acreditado que reúne un total de días cotizados de 10.052, necesario será concluir apreciando en el interesado la concurrencia del primero de los requisitos exigidos, cual es el de estar en alta o situación asimilada a la de alta, puesto que, aunque la misma no aparece recogida en el artículo 125 de la LGSS, su inclusión vendría avalada no solo por la doctrina jurisprudencial, sino directamente por el criterio sustentado por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 12 de noviembre de 1996, 22 de septiembre de 1998 y 15 de marzo de 2004 (Rec. 332/2003), en las que se reconoce como situación asimilada a la de alta el ingreso en prisión del trabajador para el cumplimiento de pena, cuando el centro penitenciario no le ofrece la posibilidad de realizar un trabajo remunerado.

A su vez, en relación al requisito de la carencia específica, también debe serle reconocido como concurrente en la persona del actor, puesto que, como ha indicado el Tribunal Supremo en aquellos supuestos en los que el potencial beneficiario de una prestación de Seguridad Social se hubiese encontrado en prisión, sin que a lo largo de dicho periodo de privación de libertad, se le hubiese dado la oportunidad de trabajar y cotizar, se impone «retrotraer el requisito de la cotización específica al período inmediatamente anterior a la prisión», y siendo ello así, no es posible, como entiende el INSS, que se inicie el cómputo del periodo de quince años, dentro de los cuales deberían reunirse un mínimo de dos años cotizados, en la fecha de la solicitud de la pensión de jubilación, lo que tuvo lugar el 18-11-2009, sino que dicho día deberá situarse en el de inicio del periodo de privación de libertad, esto es, 14-05-2002, o en su caso, y puesto que durante su permanencia en prisión estuvo trabajando en los años 2004 y 2005, en el que fue dado de baja de oficio en el RETA, esto es, el 31-12-2005, y siendo ello así, tanto se tome una fecha como otra, a tenor del informe de cotización obrante en las actuaciones, se colige la concurrencia de un periodo superior a dos años cotizados dentro de los últimos quince años, puesto que, partiendo del 14-05-2002, y remontándonos a los quince años anteriores, esto es, hasta el 14-05-1987, se superan los 730 días cotizados y lo mismo acontece si como día de

referencia se toma el 31-12-2005, puesto que contabilizando quince años atrás, hasta el 31-12-1990, también se superarían dichos 730 días cotizados.

b) *Contenido de la prestación*

a') Base reguladora

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2013, IL J 260/2013, se plantea la determinación de la base reguladora de trabajador que accede a la pensión precedida de una jubilación parcial. Declara la Sentencia que se computan las cotizaciones efectuadas por el trabajador a tiempo parcial durante el periodo de la jubilación parcial, conforme al salario que hubiera percibido de haber trabajado a tiempo completo. La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar la base reguladora de la pensión de jubilación de un trabajador, cuando ha venido precedida de la jubilación parcial del interesado que fue sustituido por medio de un contrato de relevo. Más concretamente, el problema consiste en resolver si deben computarse las cotizaciones efectuadas por el jubilado parcial, durante este periodo, con arreglo al salario que le habría correspondido si hubiese trabajado a tiempo completo, mientras permaneció en esa situación, o si deben computarse las bases de cotización del trabajador al tiempo de su jubilación parcial con las actualizaciones anuales posteriores. En este sentido se ha pronunciado ya esta Sala de forma tácita en su sentencia de 15 de julio de 2010 y expresamente en su sentencia de 23 de mayo de 2012. Se establece en la Sentencia que *«Sin embargo, el examen del artículo 18 del Real Decreto 1131/2002 de 31 de octubre muestra, en su tenor literal una clara referencia como medida de cómputo, en el párrafo 2.º, el periodo de trabajo a tiempo parcial en la empresa donde el trabajador redujo su jornada y salario. Inclusive, más adelante en el párrafo tercero y a propósito del porcentaje aplicable a la base reguladora, la remisión a las bases de cotización se hace al periodo cotizado entre la jubilación parcial y la jubilación ordinaria o anticipada. Ni una sola remisión al periodo cotizado con anterioridad al contrato a tiempo parcial como forzosa norma de cálculo para alguno de los resultados, base reguladora o porcentaje de la misma. No existe en la norma ningún vacío que colmar mediante la analogía o la búsqueda teleológica de un significado con arreglo a la solución que adopta la sentencia»*.

b') Cuantía de la prestación

— Complemento de pensión sobre la prestación reconocida en Venezuela:

En la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de noviembre de 2012, IL J 208/2013**, se establece que el importe de la prestación a cargo de la Seguridad Social venezolana debe tenerse en consideración para determinar el importe del complemento hasta alcanzar el mínimo de la pensión vigente en cada momento en España.

Se plantea en este recurso decidir el montante del complemento a mínimos a cargo de la Seguridad Social española en función de una pensión de jubilación, reconocida en virtud del Convenio Hispano Venezolano, con parte de prestación a cargo de la seguridad social de Venezuela, y que la correspondiente entidad de ese país no la hace efectiva. En

concreto se trata de decidir si el importe de la prestación a cargo de la seguridad social venezolana, debe tomarse en consideración para determinar el importe del complemento, habida cuenta de que el beneficiario no ha llegado a percibirlo. Llegando a la conclusión el Tribunal Supremo de que para resolver la cuestión propuesta es necesario partir de la finalidad esencial de los «complementos a mínimos». En un estado definido constitucionalmente como social y democrático, tal complemento de prestación debe garantizar unos ingresos suficientes, por debajo de los cuales se está en situación legal de pobreza, a toda persona que dedicó su vida al trabajo, ocurrida la contingencia que lo separa de la actividad. Esta finalidad resulta evidente del texto del artículo 50 de la Ley General de la Seguridad Social, cuando ordena computar a los efectos de alcanzar ese límite las cantidades percibidas como rentas del capital o del trabajo personal, supuestos en los que la norma se refiere a cantidades percibidas y no a cantidades devengadas. En el mismo sentido han de ser interpretados los mandatos del artículo 13.3 de los diferentes Reales Decretos que fijan los incrementos de pensiones para cada año, cuando en el supuesto de «pensiones reconocidas en aplicación de normas internacionales», se garantiza al beneficiario, en tanto resida en territorio español, el complemento necesario si «la suma de los importes reales de las pensiones, reconocidas tanto en virtud de la legislación española como extranjera fuese inferior al importe mínimo de la pensión de que se trate». La norma está referida a importes reales de las pensiones, no a las ideales derivadas del reconocimiento aun que no se de la efectividad. Es con dichos importes reales con los que el beneficiario debe atender a sus necesidades que no pueden verse satisfechas con el importe de utópicas pensiones reconocidas y que no son satisfechas y por las que, en tanto no se hagan efectivas, tampoco han de soportar cargas fiscales. Exponiendo asimismo que la expuesta es, por otra parte, la doctrina que ya fijó dicha Sala en su sentencia de 22 noviembre 2000 (Recurso 1884/2000).

e) *Jubilaciones anticipadas*

— Coeficientes reductores de edad

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 5 de diciembre de 2012, IL J 205/2013, se plantea la aplicación del artículo 161 bis de la LGSS y los coeficientes reductores de edad en relación con un contrato de prejubilación.

En primer lugar, se plantea, respecto al pacto suscrito por el demandante con el BBVA en 2001 que no se trata de un «contrato individual de prejubilación». Este concepto viene recogido en el párrafo segundo del artículo 161 bis.2.d) del Ley general de la Seguridad Social, que, tras establecer cuáles son los requisitos necesarios para el acceso a la jubilación anticipada, añade que «Los requisitos exigidos en los apartados b) y d) no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social».

No se discute que el demandante reúna los requisitos exigidos en los apartados a) y c) del artículo 161 bis.2 (edad y cotización), pero exigiéndose en el apartado b) la inscripción como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación, y en el apartado d) que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador, la única forma de salvarlos es mediante la concurrencia de las circunstancias previstas en el párrafo segundo antes reproducido, es decir, que haya existido un acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, y que en virtud de ellos el empresario en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada haya abonado al trabajador una determinada cantidad.

En este caso el demandante reúne todos los requisitos exigidos para acceder a la jubilación anticipada, incluido el abono por la empresa en los dos últimos años de una cantidad que representa un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de desempleo. Los requisitos que la Entidad Gestora denuncia como no cumplidos, esto es, la voluntariedad de la extinción del contrato de trabajo por el trabajador quedan eximidos por el párrafo segundo de la letra d) del artículo 161 bis. El hecho de que la excepción a los requisitos b) y d) de dicho precepto precisen un desarrollo reglamentario que todavía no se ha producido no impide la estimación de la demanda. Además, examinado el contrato, resulta evidente que se estaba ante un contrato de prejubilación, ya que en la condición primera se dice que el contrato quedaría suspendido y en la condición segunda que la duración del mismo se extendería hasta el 21 de junio de 2006, fecha en la que superados los 60 años de edad, cumplirá al menos 40 años de servicios efectivos en banca.

La Sentencia considera que no puede admitirse la tesis de la Entidad Gestora de que la nueva regulación prevista en la Ley 40/2007 no sea de aplicación al actor por el hecho de que su contrato de prejubilación de 2001, en virtud de la normativa entonces vigente, se hubiera contemplado como un tránsito hasta la jubilación ordinaria y no hasta la jubilación anticipada. La Disposición Final Tercera de la Ley 40/2007, sobre eficacia en la aplicación de las modificaciones legales, recoge en su apartado 1.º que «las modificaciones en el régimen jurídico de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social introducidas por medio de la presente Ley, serán de aplicación únicamente en relación con los hechos causantes producidos a partir de la entrada en vigor de la misma», y en este caso el demandante formuló solicitud para el reconocimiento de pensión de jubilación el 11 de julio de 2006 y le fue reconocida mediante resolución de 17 de julio de 2006. La redacción dada a la norma no permite acoger la alegación del INSS, carente de sustento, de que la retroactividad no puede ser indefinida, ni tampoco es requisito que cuando menos el contrato se debería haber suscrito en una fecha en que la legislación vigente permitiera la jubilación anticipada de los no mutualistas. Si lo que la nueva regulación exige es un «contrato individual de prejubilación», eso es lo que hizo precisamente el demandante prejubilarse a título individual y plasmarlo en un contrato, sin que, a falta de mayores concreciones normativas, pueda verse ahora condicionado su acceso a la jubilación anticipada por el hecho de que entonces, por no ser mutualista, no pudiera hacerlo, sobre todo teniendo en cuenta que la vía para el acceso a la jubilación anticipada de los no mutualistas quedó abierta con el Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, y la Ley 35/2002, de 12 de julio.

— Prejubilación por voluntad propia

En la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de julio de 2012, IL J 119/2013**, se establece la denegación de una mejora en un supuesto de prejubilación por voluntad propia.

En la Sentencia se plantea la determinación de si nos encontramos en el presente supuesto ante una jubilación anticipada forzosa, en la cual existió involuntariedad en el cese, o una jubilación anticipada voluntaria. De la relación fáctica de la sentencia no cabe llegar a la conclusión de que la jubilación anticipada del recurrente el 17.10.94 fuera involuntaria o forzosa. En el convenio colectivo del año 1983 —vigente en el momento de la jubilación del recurrente el 1 de octubre de 1989—, se regula en el artículo 17 un Plan de Jubilación para las personas que en 1983 tengan 60 ó más años de edad cumplidos, con vigencia hasta el 31 de mayo de 1983. En el artículo 18 de la referida norma convencional se pacta un Plan Especial de Prejubilación, en virtud del cual las personas de 58 años o más, durante el período de vigencia del acuerdo —que es de dos años según el artículo 16, sin que conste su prórroga— se formalizarán expedientes de regulación de empleo, y tras el transcurso de dos años en la situación de desempleo, los trabajadores de 60 años pasarían a situación de jubilación, con el percibo de los complementos de pensiones acordados con la empresa. Finalmente, queda acreditado que el 1 de julio de 1991 la empresa codemandada y la representación de los trabajadores firma un acuerdo de regulación de empleo para los años 1991 y 1992.

Se declara en la Sentencia que el artículo 17 del Convenio no equivale a una jubilación forzosa, porque el trabajador podía optar por no jubilarse asumiendo su inclusión el ERE correspondiente (con la pérdida de la mejora en el desempleo que se dice), y sería en este caso cuando la extinción no obedecería a causa voluntaria. Por tanto, nos encontramos ante un supuesto de jubilación anticipada con voluntariedad en el cese del trabajador el 17 de octubre de 1994, fecha del inicio de la prestación de jubilación, no cumpliéndose los requisitos exigidos por la Disposición Adicional 4.ª de la Ley 40/2007 para causar derecho a la mejora de la pensión de jubilación, todo ello, en los términos interpretados por las Sentencias del TS dictadas en unificación de doctrina antes señaladas, por lo que no existe la vulneración denunciada del artículo 17 del convenio colectivo y de la doctrina jurisprudencial, lo que comporta la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del causante

En relación con el requisito de carencia previa, y sobre la base de no haberse acreditado los 15 años de cotización exigible cuando se pretende acceder a la pensión de viudedad desde una situación de no alta o asimilada (sucede en un supuesto en el que en el que el causante no estaba inscrito como demandante de empleo durante un período próximo a los tres años, lo que denota, según el juzgador, una manifiesta voluntad de apartarse la causante del mundo laboral, artículos 125.2 en relación con el 174.1 segundo párrafo de la LGSS), la **Sentencia TSJ Cataluña 6358/2012, de 28 de septiembre, IL J 175/2013**,

deniega la pensión, ante la inexistencia de una situación impeditiva de la demanda de empleo, pese a que la demandante alega que el estado psico-físico de su cónyuge, le impedía desarrollar cualquier tipo de actividad e incluso para regularizar su inscripción formal como demandante de empleo.

Debe recordarse que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, que los tiempos excluidos del periodo computable, son en principio «aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad»; entre las que se destacan «la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo, porque esta situación acredita el *animus laborandi*, o lo que es igual, la voluntad de no apartarse del mundo laboral». Y por igual razón «cabe también excluir del periodo computable a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y carencia, un interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo, que no es revelador de esa voluntad de apartarse del mundo laboral. . . Por el contrario, no es posible incluir en esta excepción, los casos de voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en la Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación» (entre otras, SSTs de 29-5-92, 1-7-93, 1-10-02, 25-10-02, 26-5-03 y 12 de julio y 17 de septiembre de 2004).

Con singular referencia a la situación de enfermedad como causa habilitante de una situación asimilada al alta precisa el Alto Tribunal que debe ser ésta reconocida en los siguientes supuestos:

- a) cuando la enfermedad que provoca la declaración de invalidez ya estaba instaurada y con carácter invalidante en la fecha en que se produjo el cese en el trabajo,
- b) cuando la situación de alta en Seguridad Social existe cuando se inicia la enfermedad, cuyo posterior desarrollo es tan grave que explica que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta y
- c) cuando, en fecha anterior o coetánea a la interrupción de la inscripción, aparece una dolencia tan deteriorante de la voluntad del trabajador enfermedad mental, etilismo crónico, adicción prolongada a otras drogas, etc. que introduce un desorden en la vida ordinaria del trabajador que explica el abandono de los trámites burocráticos necesarios para el acceso o la permanencia en la oficina de empleo.

En el supuesto ahora examinado no es posible aplicar dicha doctrina, como acertadamente señala el juzgador, por los elementos que concurren: un supuesto en el que, tras su última cotización en el Régimen de autónomos, en el que causó baja el 26 de diciembre de 2005, no consta inscripción como demandante de empleo hasta el fallecimiento del causante, producido el 18 de junio de 2008; temporal circunstancia que no muestra la voluntad del causante por incorporarse al mundo laboral; abunda en ello, que la enfermedad que padecía el causante se trataba de una enfermedad progresiva en su funcional afectación, y el inicio de dicha enfermedad no suponía un obstáculo que «fundadamente» pudiera justificar el apartamiento del mercado laboral, ni consta como probado que la enfermedad se manifestara coincidiendo con la baja en su actividad autónoma sino transcurridos año y medio después de su cese. Por todo ello, se deniega la pensión (de viudedad) por incumplimiento del mínimo de cotización exigible (15 años) a quien no se encontraba en

situación de alta o asimilada en el momento del hecho causante (fallecimiento por enfermedad común).

Por otro lado, es de destacar la declaración de nulidad de un precepto legal (el apartado c) de la DA tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre), regulador de esta prestación para las parejas de hecho, que realiza la **Sentencia TC 41/2013, de 14 de febrero, IL. J 232/2013**; en efecto, la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social (que introduce varias relevantes reformas en materia de prestaciones de seguridad social, señaladamente en las prestaciones por muerte y supervivencia), viene a regular el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a los supérstites de parejas de hecho cuando, habiéndose producido el fallecimiento del causante antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 (1 de enero de 2008), concurren las circunstancias que la referida disposición adicional establece, entre ellas «que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes». Es decir, que la Ley 40/2007 establece una regla de carácter excepcional y eficacia retroactiva favorable, que permite acceder a la pensión de viudedad a los supérstites de parejas de hecho estables en las que el fallecimiento del causante hubiere tenido lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, siempre que se cumplan una serie de requisitos, entre ellos el de haber tenido hijos en común, que es el requisito cuestionado y que excluye de la pensión de viudedad a los supérstites de parejas de hecho en las que el fallecimiento del causante se hubiese producido antes del 1 de enero de 2008 y que no hubiesen tenido hijos comunes, aunque cumplan el resto de requisitos establecidos por la referida disposición adicional para acceder a la pensión.

Y es que aunque el Tribunal Constitucional ha reiterado en múltiples ocasiones, y así se recoge en el texto de la sentencia que comentamos, que la diferenciación normativa entre sujetos debida a una sucesión legislativa, no puede considerarse por sí misma discriminatoria, por lo que la norma que protege una nueva situación puede no tener efecto retroactivo alguno, limitando su aplicación a las nuevas situaciones que se generen después de la entrada en vigor, o restringir dicha aplicación retroactiva a determinados supuestos (es decir, que es constitucional la opción del legislador de restringir la eficacia retroactiva de la nueva prestación a determinados supuestos, añadiendo más requisitos a los establecidos con carácter general para la nueva prestación o alterándolos, al sustituir el requisito de la dependencia económica del causante por el haber tenido hijos comunes); ahora bien, dichos requisitos para no ser generadores de un trato desigual, deben ser congruentes con la finalidad de la prestación y en tal sentido, va a declarar el Tribunal Constitucional, no parece lógico ni razonable el requisito inexcusable de la descendencia común, que no responde ni a la que tradicionalmente se ha entendido como finalidad de la pensión de viudedad (resarcir el daño que produce la disminución de ingresos provocada por la muerte del cónyuge) ni a la finalidad de la nueva prestación establecida en el artículo 174.3 LGSS para las parejas de hecho (proteger a los supérstites en situación de dependencia económica), pues la protección de los hijos, en su caso, ya es objeto de otra prestación específica (pensión de orfandad).

Añade a lo anterior, de forma muy acertada, que nos encontramos ante la exigencia de un requisito «aparentemente neutral» (haber tenido hijos comunes) que, sin embargo, tiene un efecto excluyente de la nueva pensión para las parejas de hecho del mismo sexo, dada la imposibilidad biológica de tener hijos en común y la imposibilidad legal de su adopción en común hasta fechas muy recientes. Dicho de otro modo, el requisito establecido en la

cuestionada y ahora anulada letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, se exige a todas las parejas de hecho, con independencia de que sus componentes sean de distinto o del mismo sexo, por lo que el referido requisito se erige, en un factor de discriminación prohibido por el artículo 14 CE, ya se entienda como «directa», al exigirse para causar derecho a la pensión un requisito que se sabe es de imposible o muy difícil cumplimiento, o como «indirecta», por cuanto, aunque el legislador no tuviera tal intencionalidad de exclusión, su impacto negativo en las parejas de hecho homosexuales es evidente.

Concluye el Tribunal Constitucional (fundamento jurídico octavo), que ese requisito (haber tenido hijos en común), no sólo carece de justificación constitucionalmente legítima, sino que, además, resulta ser de imposible cumplimiento, por razones biológicas, tanto para las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo como para las parejas de hecho de distinto sexo que no pudieron tener hijos por causa de infertilidad, a lo que ha de añadirse que la posibilidad de adopción de niños por las parejas de hecho ha estado vetada en nuestro ordenamiento jurídico hasta fechas relativamente recientes, lo que significa que el requisito cuestionado tampoco podía ser cumplido por vía de adopción en el caso de aquellas parejas de hecho en las que el fallecimiento de uno de sus miembros se produjo antes de la entrada en vigor de la normativa legal autonómica aplicable en cada caso que permite la adopción conjunta a las parejas de hecho, del mismo o de distinto sexo.

Ahora bien, ha de advertirse que esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad, que tiene efectos *erga omnes* desde la fecha de publicación de la presente Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado» (BOE) núm. 61, de 12 de marzo de 2013), no permite que quienes, por no cumplir el requisito de haber tenido hijos en común con el causante, no solicitaron la pensión de viudedad prevista en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 en el plazo de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de dicha Ley, puedan reclamar ahora la pensión, toda vez que el referido requisito temporal, establecido en la letra e) de la misma disposición, ni ha sido cuestionado, ni cabe que este Tribunal extienda al mismo la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la letra c) de dicha disposición, y es que el apartado e) establece, que «para acceder a la pensión regulada en la presente disposición, la correspondiente solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley. La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición».

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

En la **STS de 6 de noviembre de 2012, IL. J 49/2013**, el requisito cuestionado es la inscripción en registro público (o formalización en documento público) de la relación de pareja con una antelación mínima, requisito regulado en el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social (se señala que la mencionada inscripción 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). Más concretamente se trata de determinar el alcance de este requisito en la situación de «derecho transitorio», a la que es de aplicación la Disposición Adicional 3ª de la Ley 40/2007, en

cuanto que el fallecimiento del causante aconteció el 5 de diciembre de 2003, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor» de dicha Ley, la cual extendió a las parejas de hecho la «pensión de viudedad, en determinadas condiciones. Dicha Disposición adicional tercera, relativa a la pensión de viudedad en supuestos especiales, establece que con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2007 (el 1 de enero de 2008), concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 174 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.
- b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el artículo 5 de la presente Ley, con el causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste.
- c) (Se declara la inconstitucionalidad y nulidad de la letra c) por Sentencia del TC 41/2013, de 14 de febrero)
- d) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.
- e) Para acceder a la pensión regulada en la presente disposición, la correspondiente solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley. La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición.

Pues bien, en el caso que juzga, la inscripción como pareja de hecho en un registro público se realizó días antes del fallecimiento, que tuvo lugar el 5/12/2003, y considera de forma acertada el alto tribunal, que la misma es válida, aunque la inscripción no se realizara dos años antes, del hecho causante, y ello porque como hemos señalado, en el año 2003 no estaba en vigor la ley 40/07 y los asegurados no podían conocer unos requisitos formales con anterioridad a la publicación de la ley.

En relación con el derecho a pensión de viudedad para víctimas de violencia de género, el artículo 174.2 de la LGSS establece, como regla general, que «se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante», si bien y como excepción «tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho», siendo estos de exclusiva valoración por el Juez de instancia, de forma que si no los considera suficientes al respecto, no van a tener una ponderación diferente en suplicación cuando

la efectuada no se aparta decididamente de la lógica, tal y como afirma **la Sentencia TSJ Madrid 408/2012, de 18 de junio**, IL. J 122/2013 (se refiere a un supuesto en el que la situación no tiene base en una sentencia firme donde se constate dicha violencia ni en una orden de protección dictada a favor de la recurrente ni en un informe del Ministerio Fiscal, «que son los más claros e indiscutibles elementos de convicción, ni sirven otros medios de prueba admitidos en Derecho a los que alude finalmente el precepto y que quedan a la valoración judicial, de modo que cuando el Juez de instancia, tras examinarlos, no los ha considerado suficientes al respecto, no es posible que puedan tener una ponderación diferente en suplicación cuando la efectuada no se aparta decididamente de la lógica»).

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
M.^a NIEVES MORENO VIDA
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES
JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS
JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA
SUSANA DE LA CASA QUESADA

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CUESTIONES PRELIMINARES.
2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
 - A) **Procedimiento administrativo sancionador.**
 - B) **Actas de la Inspección de Trabajo. Requisitos.**
 - C) **Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias.**
 - a) Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos.
 - b) Infracciones en materia de Seguridad Social.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

La presente crónica está dirigida a comentar las principales novedades normativas y judiciales aparecidas en el último período en materia de Derecho Administrativo Laboral.

a) En el plano normativo se han introducido algunas novedades por el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. De un lado, a través de esta norma, se añade un nuevo apartado 18 al artículo 8 LISOS, mediante el que se incorpora un nuevo tipo de ilícito laboral muy grave, consistente en la no presentación en tiempo y forma ante la autoridad laboral del certificado previsto en la DA 16.^ª7 de la Ley 27/2011 —norma reguladora de la aportación económica al Tesoro Público a realizar por empresas que proceden a despidos colectivos *ex* artículo 51 ET—, así como la presentación de información falsa o inexacta. De otro lado, se ha procedido a una nueva modificación del artículo 4.1.a) RD 928/1998, por el que se determina la competencia para sancionar en el ámbito provincial las infracciones en materia de Seguridad Social. Finalmente, la DA 4.^ª del referido RD Ley 5/2013 establece algunas directrices relativas a la colaboración de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el control del acceso a la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la voluntad del trabajador, instando a este órgano, en particular, a extremar su vigilancia sobre los supuestos en fraude de ley relativos a los despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción *ex* artículo 52.c) ET y la extinción por fuerza mayor *ex* artículo 51.7 ET, y asimismo, disponiendo la inclusión en el Plan Integrado de Actuación de la Inspección de

Trabajo y Seguridad Social de una planificación específica dirigida a prevenir y reprimir supuestos de simulación de la relación laboral, altas ficticias y connivencia para el acceso indebido a la jubilación anticipada.

b) Asimismo, la crónica da también cuenta de las principales sentencias publicadas en materia administrativa laboral en los números 1, 2 y 3 de 2013, de la revista *Información Laboral*. De entre ellas cabe destacar la **STS, Sala de lo Social, de 6 de noviembre de 2012, IL J 48/2013**, en que se concreta el alcance de la caducidad del procedimiento administrativo sancionador cuando las actuaciones de comprobación desarrolladas por la Inspección de Trabajo estuvieron interrumpidas más allá del plazo establecido en el artículo 8.2 RD 928/1998.

2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento administrativo sancionador

En efecto, con ocasión de una resolución sancionadora con origen en un acta de infracción extendida tras haberse interrumpido las actuaciones inspectoras por plazo superior a tres meses y haberse realizado posteriores actividades de investigación, la **STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de noviembre de 2012, IL J 48/2013**, se encarga de precisar el alcance de las consecuencias previstas en el artículo 8.2 RD 928/1998, que en la redacción aplicable al supuesto enjuiciado, establecía que las actuaciones comprobatorias de la Inspección de Trabajo «no se podrán interrumpir por más de tres meses», con los siguientes efectos en caso de incumplimiento:

«Si se incumplen dichos plazos, no se interrumpirá el cómputo de la prescripción y decaerá la posibilidad de extender acta de infracción o de liquidación como consecuencia de tales actuaciones previas, sin perjuicio de la eventual responsabilidad en la que pudieran haber incurrido los funcionarios actuantes.

Ello no obstante, en los supuestos anteriormente citados, y siempre que no lo impida la prescripción, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá promover nuevas actuaciones de comprobación referentes a los mismos hechos y extender, en su caso, las actas correspondientes. Las comprobaciones efectuadas en las actuaciones inspectoras previas caducadas, tendrán el carácter de antecedente para las sucesivas, haciendo constar formalmente tal incidencia».

Pues bien, el tenor literal de la previsión, junto a otros criterios hermenéuticos, llevan al Tribunal Supremo a afirmar que «la superación del referido plazo de tres meses da lugar a la caducidad del expediente».

«Principios generales que conducen necesariamente a entender que la superación del plazo máximo previsto para resolver (aquí, formular el acta de infracción), o del plazo máximo de paralización regulado en este concreto procedimiento, debe dar lugar a la consecuencia general prevista para tal incidencia en los procedimientos iniciados de oficio y en los que la Administración ejerce potestades sancionadoras o, en general, de intervención, esto es, la caducidad del expediente (artículo 44.2 de la Ley 30/1992).

Hay, además, un último criterio hermenéutico, aparte del literal y del sistemático, que conduce igualmente a la interpretación del artículo 8.2 que venimos sosteniendo, y es el criterio lógico. Ello es consecuencia de que la interpretación contraria del precepto conduce a su inutilidad, a su intrascendencia. Según esta interpretación contraria la superación de ese plazo máximo de paralización previsto por la norma no tendría ninguna consecuencia para la Administración responsable de la tramitación del expediente. Ésta podría continuar con las actuaciones previas de comprobación como si nada hubiera ocurrido y extender el acta de infracción sin solución de continuidad. Y ello sería válido con tal de que al final, en el acta de infracción, la Administración hiciera constar que las diligencias anteriores a la paralización son tenidas en cuenta como “antecedentes” del acta que se extiende. Y con esta expresión o toma en consideración quedaría sin más sanada o convalidada aquella paralización proscrita por la norma. Pero esta es una interpretación que entendemos inasumible, porque permite soslayar los efectos de una norma a través de una fórmula rituaría desprovista de toda trascendencia material (se haga o no mención a las diligencias anteriores a la paralización, ésta se habría producido igualmente, y la Administración estaría valorando diligencias practicadas antes de la paralización prohibida). Y entre dos interpretaciones posibles ha de descartarse la que conduce a hacer del precepto una norma inútil, inaplicable o trivial, en favor de aquella que da a la misma un contenido real y unos efectos prácticos».

Trasladando la doctrina general sobre las consecuencias anudadas al instituto de la caducidad del expediente (STS 24 febrero 2004, rec. 3754/2001), la Sentencia concreta las consecuencias derivadas de la superación del plazo previsto en el artículo 8.2 RD 928/1998, con la particularidad de que, en el orden social y por imperativo del citado precepto, las actuaciones comprobatorias realizadas en el expediente caducado podrán tener efectos en un nuevo y posterior procedimiento. Tales consecuencias son las siguientes:

- «a) La Administración debe declarar la caducidad de las actuaciones previas de comprobación que está tramitando.
 - b) Y debe proceder también a acordar el archivo de las mismas.
 - c) Sin perjuicio de lo anterior, si no ha prescrito la infracción presuntamente cometida, puede incoar unas “nuevas actuaciones de comprobación referentes a los mismos hechos”, como expresamente permite el párrafo 2.º del artículo 8.2 RD 928/1998. Pero estas actuaciones de comprobación, debemos convenir en ello, sólo serán “nuevas”, como exige el referido precepto, si se trata de otras distintas —incluso formalmente— a las previamente incoadas, que por tanto han de estar necesariamente archivadas por caducidad.
- Pero lo que no puede admitirse es que, a pesar de la superación de aquel plazo, la Administración actúe como si nada hubiera ocurrido y prosiga con la tramitación de las mismas actuaciones de comprobación, sin solución de continuidad. Porque ello supone desconocer los efectos propios de la caducidad.
- d) No obstante, lo que sí es diferente en este específico procedimiento sancionador respecto del procedimiento sancionador general es que, a diferencia de lo que allí ocurre (...), aquí sí debe admitirse la incorporación al nuevo procedimiento de las actuaciones practicadas en el expediente anterior caducado, porque lo permite expresamente el artículo 8.2 del Real Decreto 928/1998, cuando dice que “Las comprobaciones efectuadas en las actuaciones inspectoras previas caducadas, tendrán el carácter de antecedente para las sucesivas, haciendo constar formalmente tal incidencia”».

Ahora bien, con relación a esta última posibilidad, la STS de 6 de noviembre de 2012 no considera suficiente que en el acta de infracción se indiquen las diligencias practicadas antes de la paralización —pues este es un requisito mínimo y obligado en toda acta (artículo 14.b RD 928/1998)—, sino que «para permitir la incorporación de diligencias practicadas en procedimientos caducados, habrá que exigir, además, que el acta de infracción: (i) ante todo deje constancia de la paralización y archivo producido y de la incoación de unas nuevas actuaciones previas de comprobación; además (ii) exteriorice las razones de la incorporación, es decir, explique por qué no es necesario, conveniente o posible repetir las concretas diligencias que se incorporan a ese nuevo procedimiento; y, por fin (iii), que justifique también que la traída e incorporación de esas diligencias al nuevo procedimiento, y su toma en consideración en el mismo, no menoscaban los derechos del presunto infractor».

Por todo ello, una vez constatado que el acta de infracción del supuesto enjuiciado no había respetado estas exigencias, el Tribunal Supremo procede a anular la sanción impuesta por ser contraria a Derecho.

Cabe advertir que, tras la reforma introducida por la Ley 13/2012 sobre el artículo 8.2 RD 928/1998 —y de la que ya se informó en la crónica anterior—, el plazo máximo de interrupción de las actuaciones probatorias se ha fijado ahora en cinco meses, si bien, para el caso de incumplimiento, el precepto mantiene los mismos efectos previstos en redacciones anteriores y que, como se ha expuesto, han quedado perfilados por la STS de 6 de noviembre de 2012.

B) Actas de la Inspección de Trabajo. Requisitos

Dictada con relación a una sanción *ex* artículo 13.1 LISOS —por inobservancia de las normas sobre protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante el embarazo y la lactancia—, la **STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de diciembre de 2012, IL J 168/2013**, resulta de interés a efectos de conocer el grado de concreción que los órganos judiciales vienen exigiendo a la descripción de hechos incluida en el acta de infracción para que ésta goce de validez y eficacia probatoria. En este caso concreto, y ante la alegación de la empresa sancionada de que la falta de precisión fáctica le creaba indefensión, el Tribunal concluye que el relato de los hechos contenido en el acta resulta suficiente, pues, pese a resultar un tanto genérico y no incluir la individualización de las personas afectadas, se acompaña y complementa con un exhaustivo informe del Centro de Seguridad y Salud Laboral, en el que «se detalla los datos de las trabajadoras afectadas, y si bien se les otorga un número ello es por salvaguardar su derecho a la intimidad, más en ningún caso esta cuestión puede haber perjudicado a la actora [*la empresa*], la cual por la edad de la trabajadora y las circunstancias que relata el informe fácilmente podía identificarlas».

C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

a) Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos

En este ámbito, cabe hacer mención a tres pronunciamientos dictados por Tribunales Superiores de Justicia, en su Sala de lo Contencioso-Administrativo.

El primero de ellos es la **STSJ Baleares de 5 de diciembre de 2012, IL J 198/2013**, que declara la nulidad de la sanción impuesta inicialmente a una empresa por falta de actualización de la evaluación de riesgos de un centro de trabajo, imputándole el incumplimiento de los artículos 16.2 LPRL y 4.2 y 6.1 RD 39/1997. Tal conclusión anulatoria se alcanza por cuanto ni el acta de infracción ni la resolución sancionadora especificaban las circunstancias concretas de entre las descritas en estos preceptos que obligaban a una actualización y revisión de la evaluación de riesgos inicial:

«En definitiva, entendiendo que lo que se sanciona en nuestro caso lo es por supuesta infracción de lo dispuesto en el artículo 16.2.^a de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y los artículos 4.2.^a) y 6.1 del RD 39/1997 por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención y comoquiera que ello deriva de supuesta falta de actuación de la evaluación de riesgos del centro de trabajo, que es necesaria “cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido”, es preciso que en la resolución sancionadora se indiquen qué condiciones de trabajo se han modificado de modo que obligan a la revisión o qué concretos daños para la salud se han producido en trabajadores de dicho centro que obligarían a la revisión.

Nada de esto se explica en el acta de infracción ni en la resolución sancionadora, por lo que procede anular la sanción al no indicarse en la resolución impugnada el hecho determinante del supuesto incumplimiento normativo del que arranca la sanción impuesta».

Distinto es el signo de la **STSJ Madrid de 27 de diciembre de 2012, IL J 220/2013**, que procede a confirmar la sanción impuesta a una empresa por diversos incumplimientos en materia de prevención de riesgos, en relación con la realización de trabajos de canalización de gas en la proximidad de líneas eléctricas de alta tensión. De su fundamentación merece la pena destacar las siguientes ideas. La primera, su afirmación de que el Estudio Básico de Seguridad y el Estudio de Seguridad y Salud no se entienden debidamente realizados con la inclusión de menciones genéricas a riesgos y precauciones aplicables a cualquier tipo de trabajo, sino que, siendo necesario un cumplimiento material de la obligación —y no meramente formal—, es necesario que se contemplen el riesgo y las medidas específicas, conforme requiere el artículo 5.5 RD 1627/1997 respecto a trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y salud de los trabajadores y que exigen un plus de previsión a los Estudios de Seguridad. Asimismo, la Sentencia considera incumplido el artículo 24.2 LPRL cuando la empresa promotora se limita a entregar a la empresa contratista copia de diversa normativa y de los deficientes Estudios de Seguridad indicados, sin constar tampoco que realizara función de seguimiento y coordinación alguna, no sintiéndose vinculado el Tribunal en esta conclusión por la existencia de una sentencia firme del orden jurisdiccional social, dictada en materia de recargo de prestaciones, que no había apreciado esta infracción.

Finalmente, cabe hacer referencia a la **STSJ Cataluña de 11 de diciembre de 2012, IL J 168/2013**, ya comentada en el apartado relativo a los requisitos de las actas de infracción, y en la que también se confirma la sanción impuesta a una empresa por inobservar las normas sobre protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia (artículo 13.1 LISOS). En concreto, la Sentencia considera

incumplidas las obligaciones impuestas por el artículo 26 LPRL y, de manera específica, reprocha a la empresa que no contara hasta marzo de 2008 con una evaluación de riesgos con protocolo para mujeres embarazadas y que no hubiera siempre procedido a adoptar las medidas adecuadas para proteger su salud, incluido el cambio de puesto exigido por su estado.

b) Infracciones en materia de Seguridad Social

Concluimos esta crónica con la referencia a diversas Sentencias del Tribunal Supremo, en las que se hace aplicación de la nueva doctrina introducida por la STS, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2012, en relación con los distintos supuestos que, a efectos del derecho a la prestación de desempleo, pueden generarse en los casos en que el beneficiario se traslada al extranjero durante un determinado período. Esta novedosa doctrina, de la que se dio cuenta en la anterior crónica, y que supuso romper con el criterio previo sobre la determinación de cuándo existe «traslado de residencia», encuentra ahora reflejo en varios pronunciamientos, en los que se confirma que el período de ausencia cuya superación determina la extinción de la prestación ya no es de quince días (**STSJ Madrid de 10 de septiembre de 2012, IL J 65/2013**), sino de noventa días (**STS, Sala de lo Social, de 30 de octubre de 2012, IL J 44/2013** —en un supuesto en que, además de la ausencia del territorio nacional superior a noventa días, el beneficiario no había comunicado la salida a la entidad gestora ni había aportado justificación suficiente—). Consiguientemente, cuando la ausencia es superior a quince días pero inferior a noventa, la consecuencia aplicada por el Tribunal Supremo es la de declarar la suspensión de la prestación de desempleo (**STS, Sala de lo Social, de 24 de octubre de 2012, IL J 42/2013**), de tal modo que, en un supuesto en que, comunicado el desplazamiento al extranjero a la entidad gestora y habiendo ésta autorizado la salida por un plazo de quince días que es superado por el beneficiario —pero sin alcanzar el trimestre—, la **STS de 23 de octubre de 2012, IL J 41/2013**, únicamente declara la pérdida temporal de la prestación por el período comprendido entre el término de los quince días autorizados y la fecha de regreso al territorio nacional.

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) **Impugnación de actos normativos del empleador público.**
 - B) **Indemnización por accidente de trabajo. Terceros ajenos a la relación laboral.**
3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA.
 - A) **Trabajador autónomo versus TRADE.**
 - B) **Conflicto jurídico versus conflicto de interés.**
 - C) **Personal eventual de la Administración. Extinción de contrato.**
4. EXCEPCIONES.
 - A) **Caducidad.**
 - B) **Cosa juzgada.**
 - C) **Inadecuación de procedimiento.**
 - D) **Falta de acción.**
 - E) **Falta de agotamiento de la vía previa.**
 - F) **Falta de legitimación activa.**
 - G) **Falta de legitimación pasiva.**
 - H) **Prescripción.**
5. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN.
 - A) **No se descuenta el periodo de suspensión para subsanación de la demanda.**
 - B) **Eliminación de los salarios de tramitación por el Real Decreto Ley 3/2012. Irretroactividad.**
 - C) **Error excusable.**
 - D) **Prestación por desempleo.**
6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN.
 - A) **Consignación de condena. Posterior situación concursal.**
 - B) **Improcedencia por razón de la materia. Clasificación profesional.**

7. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.

A) **Cuestión nueva.**

B) **Falta de contradicción. Defecto insubsanable del escrito de preparación.**

8. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.

9. 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 1, 2 y 3 del año 2013 de la *Revista Información Laboral*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) **Impugnación de actos normativos del empleador público**

La **STS de 21 de noviembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 138/2013, estima la competencia del orden social de la jurisdicción, para conocer de la impugnación de una orden dictada por una comunidad autónoma sobre ayudas para la formación de trabajadores contratados por esa comunidad. La sentencia recurrida había declarado la incompetencia del orden social a favor del contencioso administrativo, al entender que se trataba de la impugnación de una norma de carácter general. Sin embargo, el TS establece que el hecho de que la parte demandada sea una Administración, sometida a derecho público, no impide que en las relaciones con el personal laboral a su servicio actúe como un simple empresario, dentro del marco de un contrato de trabajo preexistente y aplicando normas y reglas de indudable carácter laboral, con independencia de la forma en que se exterioricen esas actuaciones.

B) **Indemnización por accidente de trabajo.
Terceros ajenos a la relación laboral**

La **STS de 30 de octubre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 45/2013, declara la competencia del orden social para conocer de la indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, y ello aun cuando se derive responsabilidad para terceros ajenos a la relación laboral. La Sala llega a esta conclusión afirmando que las obligaciones en materia de accidentes de trabajo derivan de la normativa específica de prevención de riesgos laborales, interpretando que al tratarse de obligaciones (i) incluidas dentro de la rama social del derecho; y (ii) accesorias a las del empresario principal, deben ser conocidas por el orden social de la jurisdicción.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) **Trabajador autónomo versus TRADE. Indemnización por extinción del contrato**

La **STS de 27 de noviembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 312/2013, reitera que el orden social de la jurisdicción es incompetente para conocer de las reclamaciones de cantidad presentadas por un trabajador autónomo con motivo de la extinción de su contrato mercantil. En este caso, ese contrato se celebró con anterioridad a la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo, y sin que se hubiera producido su adaptación-conversión al régimen de TRADE.

B) **Conflicto jurídico versus conflicto de interés**

La **SAN de 29 de noviembre de 2012**, IL J 17/2013, reitera la incompetencia del orden social para conocer de los conflictos de interés. Para ello, recuerda que los conflictos de interés son aquéllos que pretenden modificar o alterar el marco normativo o convencional, en el que se desarrollan las relaciones laborales existentes; frente a los conflictos jurídicos que se refieren a la interpretación y/o aplicación de normas legales, convencionales o prácticas de empresas. En este caso, la sentencia entiende que la solicitud de fijación de los plazos concretos para la negociación de un reglamento interno, así como la exigencia de un determinado resultado durante la negociación, constituyen ejemplos claros de conflictos de interés, entre otras razones, porque constituyen una obligación de hacer, cuya culminación depende de factores internos y externos a la negociación, que no vienen determinados por ninguna norma legal o convencional o práctica de empresa, razón por la cual, se declara la incompetencia del orden social.

C) **Personal eventual de la Administración. Extinción de contrato**

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2012**, IL J 280/2013, considera que la jurisdicción social es incompetente para conocer de las reclamaciones del personal eventual de la Administración, con independencia de las tareas efectivamente realizadas por éste. Así, concluye que en los casos en los que la clasificación del puesto desempeñado, dentro de la relación de puestos de trabajo (RPT), sea acorde a la legalidad, su impugnación compete al orden contencioso administrativo. En el mismo sentido, la **STSJ de Navarra de 3 de octubre de 2012**, IL J 325/2013, señala que lo que determina la adscripción al área de la contratación administrativa, con exclusión de la laboral, no es la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una normativa con rango de ley que la autorice y su sometimiento a la misma, lo que significa que, en ocasiones, sólo el bloque normativo regulador del contrato, por la libre decisión de quienes lo conciertan, con arreglo a las leyes, es capaz de diferenciar una u otra modalidad contractual.

4. EXCEPCIONES

A) **Caducidad**

La **STS de 8 de noviembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 296/2013, analiza el cómputo del *dies a quo* del plazo de tres meses para la interposición de demanda de revisión de senten-

cia con base en el descubrimiento de documentos decisivos, cohecho, violencia, fraude, o falsedad. Con carácter general, dicho plazo empieza a contar a partir del día en que adquiere firmeza la resolución que se impugna, «(...) cualquiera que haya sido la fecha del pretendido descubrimiento por el actor (...)». Sólo si el descubrimiento o el hecho que da lugar a la revisión es posterior a la firmeza de la sentencia, el plazo de tres meses computará a partir de la fecha en que tuvo conocimiento el actor de los hechos que dan lugar a la revisión. Cuestión distinta es la planteada en la **STS de 26 de noviembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 58/2013, en la que se admite la posibilidad de alegar por vez primera en fase de recurso de suplicación la caducidad de la acción y ello con base a dos premisas básicas: (i) la constatación de que la regla general que impide la alegación de cuestiones nuevas en fase de recurso, con base en el principio de justicia rogada, no aplica respecto a aquellas cuestiones apreciables de oficio; y (ii) la imposibilidad de calificar como cuestiones nuevas aquellas que estaban dentro del ámbito de decisión necesario del juez.

B) Cosa juzgada

En el procedimiento analizado por la **STSJ de Madrid de 17 de septiembre de 2012**, IL J 76/2013, se partía de un proceso por despido previo en el que se fijó, como hecho probado, el salario variable devengado por el actor en el último año de prestación de servicios. Sentado lo anterior, se declara que por el efecto positivo de la cosa juzgada, en la reclamación de cantidad instada posteriormente deberá estarse a lo ya declarado en el procedimiento por despido sobre ese extremo, sin que pueda revisarse nuevamente.

C) Inadecuación de procedimiento

La **STS de 11 de diciembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 315/2013, analiza la demanda planteada para el reconocimiento del carácter peligroso, penoso, tóxico o insalubre de determinados puestos de trabajo. Al respecto, se declara la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo, ya que el objeto del proceso no tiene una configuración general extrapolable al conjunto de trabajadores afectados, sino que requiere de la individualización de cada puesto y de las concretas circunstancias del mismo. Aplicando la misma doctrina, la **STS de 9 de octubre de 2012**, IL J 35/2013, entiende que la interpretación de un precepto del convenio colectivo de aplicación afectante a un colectivo de trabajadores, aunque sea de dimensiones reducidas, tiene su adecuado encaje en la modalidad de conflicto colectivo. Por su parte, la **SAN de 28 de diciembre de 2012**, IL J 13/2013, desestima la excepción de inadecuación de procedimiento, considerando que alegada la conculcación del derecho constitucional a la libertad sindical, la desestimación de la pretensión ejercitada no tiene como consecuencia que el procedimiento articulado fuera inadecuado. Por último, la **STS de 31 de octubre de 2012**, IL J 46/2013, declara la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo en un caso en el que la accionante era una delegada sindical y miembro de un comité de empresa. Se recuerda al respecto que, aunque el comité de empresa no es titular del derecho de libertad sindical, la presencia de delegados en él «(...) sí le asigna la condición de espacio o ámbito donde se desarrolla la actividad sindical (...)», siendo precisamente la dificultad de ejercer en el seno del comité de empresa su derecho a la actividad sindical, la lesión denunciada.

D) Falta de acción

La **SAN de 15 de noviembre de 2012**, IL J 14/2013, estima de oficio la excepción de falta de acción, por entender que en un procedimiento de cesión ilegal sólo cabe ejercitar la opción para la adquisición por los trabajadores reclamantes de la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria mientras subsista la cesión. También en materia de cesión ilegal, en el procedimiento resuelto mediante la **STS de 29 de octubre de 2012**, IL J 43/2013, se analiza esta alegación respecto de tres empresas sucesivas. Se recuerda que el momento para analizar la existencia de una cesión ilegal no es el del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la interposición de la demanda en el Juzgado de lo Social. Por ello, estima la excepción de falta de acción respecto de dos de las codemandadas, ya que la relación con éstas se extinguió mucho antes de la interposición de la demanda. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Castilla y León de 10 de enero de 2013**, IL J 215/2013, señalando además que, en consecuencia, tampoco se podrá tener en cuenta la antigüedad en empresas anteriores a los efectos del cálculo de la indemnización.

E) Falta de agotamiento de la vía previa

Mediante la **SAN de 29 de noviembre de 2012**, IL J 17/2013, se estima la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, por haberse omitido el requisito absoluto establecido en el convenio colectivo de aplicación de someter a la comisión paritaria del mismo las cuestiones relativas a su aplicación e interpretación.

F) Falta de legitimación activa

La **STS de 19 de diciembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 245/2013, desestima la excepción de falta de legitimación activa de un sindicato alegada en un procedimiento de conflicto colectivo. Se parte aquí de la consolidada jurisprudencia existente en relación con la facultad de los sindicatos para poder plantear dicho tipo de demandas, no sólo en defensa de sus afiliados, sino de todos los trabajadores afectados. Para ello, se requiere que exista una conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, también definido como un principio de correspondencia y de implantación del sindicato en la empresa. Considerando los parámetros anteriores, el TS valora que el sindicato demandante tenía la condición de un sindicato más representativo, con afiliados entre los trabajadores de la empresa, y ostentando un interés legítimo y directo en el objeto del conflicto. Por el contrario, la **SAN de 9 de enero de 2013**, IL J 128/2013, estima la excepción de falta de legitimación activa de un sindicato de ámbito autonómico, para poder instar conflictos colectivos de ámbito superior, sin que dicha conclusión pueda modificarse porque dicho sindicato esté confederado con otro que tiene la consideración de más representativo en ámbito estatal.

G) Falta de legitimación pasiva

La **SAN de 20 de diciembre de 2012**, IL J 127/2013, declara la falta de legitimación pasiva en un procedimiento de conflicto colectivo de un sindicato que no forma parte del

Comité Intercentros, cuestión aceptada incluso por la parte demandante al no solicitar condena alguna frente a éste.

H) Prescripción

La prescripción de las cantidades salariales que una empresa puede llegar a reclamar por aplicación de una normativa estatal que permite el reintegro de determinados importes y abonados, no implica la pérdida del derecho a aplicar dicha norma respecto a cantidades no prescritas, tal y como así recoge la **STS de 29 de noviembre de 2012**, IL J 140/2013. La **STS de 24 de enero de 2013**, Sala Cuarta, IL J 251/2013, desestima la excepción de prescripción alegada en relación con un complemento salarial vinculado a dos parámetros temporales distintos: el ejercicio económico y el curso escolar. Entiende el TS que debe prevalecer la interpretación restrictiva de la pérdida del derecho, declarando que sólo una vez se emite el certificado de servicios prestados al finalizar el curso escolar, pueden reclamarse los importes correspondientes a todo el curso escolar anterior completo, reconociéndose al complemento un carácter anual y no mensual. La **STSJ de Asturias de 11 de enero de 2013**, IL J 291/2013, señala que, para que la interposición de una demanda suponga la interrupción de la prescripción de otra reclamación, debe producirse una identidad entre ambas, tanto en los sujetos intervinientes como en el objeto. En aplicación de lo anterior, el TSJ estima la excepción de prescripción alegada por entender que dichos presupuestos no se dan entre una demanda de oficio por la Autoridad Laboral y la reclamación de una prima de producción, que debía haber sido reclamada desde la fecha en que debió hacerse efectiva y no tras la confirmación del acta de infracción.

5. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) No se descuenta el periodo de suspensión para subsanación de la demanda

La **STS 10 de octubre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 70/2012, analiza el devengo de salarios de tramitación en un supuesto en el que el procedimiento estuvo suspendido por defecto legal en la formulación de la demanda —y la concesión de plazo para su subsanación—. Alude el TS al art. 119.2 LPL/LRJS que establece la exclusión del periodo de invertido para subsanar la demanda, en el caso de reclamación de salarios de tramitación al Estado. Además, en el caso analizado, en el que no existe abuso de derecho por parte del trabajador demandante, sino que se evidencia que fue la propia demandada la que incurre en finalidad dilatoria —pues la suspensión de las actuaciones fue consecuencia de su planteamiento injustificadamente formalista, al alegar defectos en la demanda que abrieron irremediablemente el trámite de subsanación— llevan al TS a concluir el devengo de los salarios de tramitación durante ese tiempo de suspensión.

B) Eliminación de los salarios de tramitación por el Real Decreto Ley 3/2012. Irretroactividad

La **STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2012**, IL J 86/2013, ratifica el criterio seguido con anterioridad por la STSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2012, así como

por la STSJ de Extremadura de 27 de julio de 2012. De este modo, el TSJ declara 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. La sentencia alude al principio de irretroactividad de las normas jurídicas, según lo previsto en el art. 2.3 CC, así como al principio *tempus regit actum* y a la disposición transitoria segunda del CC que fija que los actos y contratos se regirán conforme la normativa del tiempo en que se celebren. En definitiva, no existiendo disposición transitoria alguna en el RSL 3/2012 y habiéndose producido el despido antes de su entrada en vigor, los salarios de tramitación *habrán* de regirse por la anterior redacción del art. 56.1 ET. En el mismo sentido se pronuncian las **SSTSJ de Castilla y León de 5 de julio y 24 de octubre de 2012**, IL J 106/2012 y 184/2013; y la **STSJ de Navarra de 4 de octubre de 2012**, IL J 326/2013.

C) Error excusable

La **STS de 26 de noviembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 139/2013, exime del pago de salarios de tramitación en un supuesto en el que la diferencia entre lo consignado y lo debido en concepto de indemnización era escasa, habiendo además *la empresa consignado la diferencia* el día de la consignación administrativa. En la instancia se condenó a la empresa a abonar los salarios de tramitación, por cuanto la diferencia consistía en que la empresa había calculado los días de indemnización prorrateando el tiempo de servicios por días en vez de por meses, es decir, en contra de la doctrina dictada por el TS en la materia. Por contra, esta sentencia dictada en unificación de doctrina, estima el recurso y razona que «(...) La regla general es que la consignación de la indemnización en un importe inferior al fijado legalmente no permite cerrar el curso de los salarios de tramitación, lo que, por excepción, sí ocurre cuando esa diferencia se produce como consecuencia de un error excusable. La doctrina jurisprudencial —sentencia de 19 de junio de 2003, reiterada por otras muchas posteriores, entre las que pueden citarse las de 26 de diciembre de 2005, 26 de enero de 2006, 19 de junio de 2007, 16 de mayo de 2008, 17 de diciembre de 2009 y 20 de diciembre de 2011— ha precisado también los datos que permiten calificar un error de consignación como excusable o no y que pueden variar de un supuesto a otro, debiendo, por tanto, ser objeto de ponderación en cada supuesto. Uno de estos criterios es la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo que se debió consignar, que por sí misma revela el carácter no relevante del error (...)». Y como quiera que en este caso la diferencia era muy pequeña, el TS declara la existencia de error excusable. De igual forma, la **STS de 11 de diciembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 146/2013, declara error excusable en el cálculo de la indemnización consignada, en un supuesto en el que existían discrepancias respecto de la naturaleza de los conceptos de dietas y locomoción. Considera el TS que el error cometido por la empresa no fue inexcusable al no poder imputarle negligencia en el cálculo, por generar discrepancia los elementos del salario. Dice el TS que, en este caso, la empresa tenía «(...) convencimiento que tales conceptos de dietas y locomociones tenían carácter extrasalarial y que no fueron reconocidas a efectos indemnizatorios por tal razón jurídica discutible en el presente caso (...)».

D) Prestación por desempleo

La **STS de 5 de febrero de 2013**, Sala Cuarta, IL J 264/2013, declara que las prestaciones percibidas por el trabajador despedido durante el proceso no son indebidas, habida cuenta que ni la empresa ni el FOGASA le abonaron los salarios de tramitación. Concluye en TS que «(...) no habiéndose producido el doble y coincidente abono, resulta imposible considerar indebidas las prestaciones de desempleo, puesto que en el caso que se examina —igual que en el resuelto por la sentencia de contraste— el trabajador llevó a cabo de modo puntual toda la actividad procesal a su alcance para la ejecución de la sentencia que le había reconocido el derecho a tales salarios, acudiendo asimismo ante el FGS, tras ser declarada insolvente la empresa (...)».

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) Consignación de condena. Posterior situación concursal

En la **STS de 10 de diciembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 24/2013, la empresa demandada fue declarada en concurso voluntario en fecha posterior a la interposición de su recurso de suplicación, frente a la sentencia que declaró el despido improcedente de varios trabajadores. Desestimado el recurso de la empresa, se plantea el destino de las consignaciones efectuadas, concluyéndose que no han de remitirse al juzgado de lo mercantil, sino que han de abonarse al trabajador que tiene, desde la sentencia de instancia, un derecho reconocido judicialmente, aunque sea un derecho expectante.

B) Improcedencia por razón de la materia. Clasificación profesional

La **STS de 19 de noviembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 302/2013, afirma, reiterando su doctrina recogida en las SSTS de 5 de julio de 2005 y 3 de mayo de 2006, que en el procedimiento de clasificación profesional ciertamente hay que considerar tanto elementos fácticos —las funciones realmente desempeñadas—, como jurídicos —la definición del ámbito de la categoría de la norma profesional aplicable—. Solo cuando el problema trasciende de dichos posibles desajustes, ya no puede ser objeto de dicho proceso, lo que ocurre cuando hay que abordar cuestiones más complejas que afectan a la propia interpretación de la normativa reguladora de la clasificación. En el presente caso, se estima el recurso y se anula la sentencia dictada por el TSJ, al entender que se trata de un supuesto no susceptible de recurso de suplicación. Adicionalmente, la Sala resalta la inexigibilidad de invocar sentencia de contraste alguna cuando se trata de una materia como la presente, pues la cuestión de acceso a suplicación por razón de la cuantía o la materia puede ser examinada de oficio aunque no concurra contradicción, puesto que afecta al orden público procesal y a la propia competencia funcional del órgano que juzga, sin que el tribunal quede vinculado por la decisión que se haya adoptado en trámite de suplicación.

7. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Cuestión nueva

La **STS de 26 de noviembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 58/2013, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina al entender que una cuestión de orden público procesal —como es la caducidad de la acción de despido— no puede ser considerada «cuestión nueva» aunque se alegue por primera vez en el recurso de suplicación. La Sentencia recuerda la doctrina de la Sala recogida en la STS de 4 de octubre de 2007, en la que se rechaza, con carácter general, la formulación de cuestiones nuevas en el recurso —lo que se funda en el principio de justicia rogada que conforma el proceso judicial español— con la excepción de los temas que puedan ser examinados por los tribunales, de oficio, con respecto a los que no rige este principio. Esta doctrina es aplicable en el caso concreto siempre que en el proceso hayan quedado probados con claridad y certeza los hechos base de la misma. En este caso, al solicitarse la apreciación de la caducidad, para que no se considere «cuestión nueva» no debe existir duda alguna de que la acción había caducado por concurrir los requisitos necesarios para su apreciación. La Sala entiende que sí se dan esas condiciones, por lo que debía haberse analizado en suplicación la excepción de caducidad, aunque fuera alegada por las demandadas en esa fase del proceso por primera vez.

B) Falta de contradicción. Defecto insubsanable del escrito de preparación

El **Auto del TS de 9 de enero de 2013**, Sala Cuarta, IL J 160/2013, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina al no apreciarse contradicción con la sentencia aportada de contraste, que se pronuncia sobre cuestiones distintas y en marcos litigiosos diferentes. En el caso de autos, se discute la legalidad de la huelga del Metro de Madrid de 2010, por incumplimiento absoluto de los servicios mínimos decidido en asamblea de trabajadores, cuando se anula judicialmente el decreto de servicios mínimos por falta de precisión. En la sentencia de contraste, en cambio, se debate la legalidad de la decisión empresarial de contratar trabajadores para sustituir a los huelguistas por el incumplimiento sistemático de los servicios mínimos, dándose la circunstancia de que el sindicato había impugnado con anterioridad el decreto de servicios mínimos, pero su nulidad era una cuestión aún no resuelta con firmeza. No se aprecia contradicción por entenderse que se trata de circunstancias y marcos jurídicos diferentes. Además de apreciar la falta de contradicción, el Auto rechaza el recurso al entender que concurre un defecto insubsanable en su preparación, toda vez que los recurrentes se limitan a plantear varias cuestiones de debate, además de la mantenida en el escrito de interposición, y a citar las sentencias que consideran contrarias a la recurrida, sin incorporar indicación alguna sobre los hechos concurrentes en las mismas. El Auto señala de forma contundente que, según el art. 221.2.a) LRJS, el escrito de interposición del recurso deberá exponer cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos. Según el apartado 4 del mismo artículo, las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación, no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito

de interposición. Por otro lado, a tenor del art. 225.4 LRJS, son causas de inadmisión del recurso el incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos procesales para su preparación. De este modo, el Auto señala que la LRJS viene a recoger el criterio sostenido por la Sala al amparo de la normativa anterior en sentencias de 22 de junio de 2001, 18 de diciembre de 2002 y 12 de julio de 2011, entre otras. Conforme a esa doctrina, el escrito de preparación del recurso ha de exponer el núcleo básico de la contradicción y citar la sentencia o sentencias con las que tal contradicción se produce. El incumplimiento de tales requisitos constituye un defecto procesal insubsanable y se trata además de “(...) una omisión injustificada imputable a quien prepara el recurso en un trámite que, a diferencia de lo que ocurre con la casación ordinaria y la suplicación, exige la intervención de Letrado, y esa omisión afecta a la regularidad del procedimiento, al retrasar, también de forma injustificada, la firmeza de la sentencia de suplicación con el consiguiente perjuicio para la parte que ha obtenido un pronunciamiento favorable (...)”.

8. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La **STS de 17 de abril de 2012**, Sala Cuarta, IL J 154/2013, entiende que la fecha de inicio de cómputo del plazo de prescripción debe ser el día en que se conoce el estado de las actuaciones, pues con anterioridad no era posible ejercitar la acción. El supuesto es algo particular pues quien recurre es el Ministerio de Justicia, que anticipa el 50% de una condena de instancia, en ejecución provisional, por una prestación de incapacidad permanente. El INSS recurre, pero finalmente es condenado, y abona el importe íntegro de la condena, aunque ni el juzgado ni el tribunal superior notifican al Ministerio de Justicia que se había realizado este pago por el INSS, ni que se había dado fin al procedimiento. Al interesarse el Ministerio de Justicia tiempo después sobre el estado de las actuaciones, es en ese momento cuando tiene conocimiento de que había recaído sentencia firme, y es desde esta fecha desde la que la Sala considera que debe fijarse el *dies a quo* del cómputo de la prescripción del reintegro de lo anticipado.

9. TEMERIDAD Y MALA FE

La **STS de 10 de diciembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 24/2013, no sólo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina confirmando la sentencia recurrida sino que, además, acuerda la imposición de costas, pérdida de depósitos y multa por importe de 600 euros a la recurrente. Se pretendía en el recurso que la empresa que fuera eximida del pago de los salarios de tramitación durante el tiempo en que se tramitó la subsanación de la admisión de la demanda. La Sentencia entiende que el hecho de que la suspensión fuera acordada ante la alegación de que la demanda era defectuosa (pues el trabajador señalaba que llevaba más de 30 años en la empresa, sin especificar la fecha), fue dudosamente justificable, pues difícilmente se le causaba indefensión alguna a la empresa, y, en todo caso, no debía haberse considerarse que se producía abuso de derecho alguno por parte del trabajador, si no, bien al contrario, un ánimo dilatorio por parte de la empresa ante la escasa razonabilidad del alegato. Por todo ello, se entiende adecuada la imposición de la multa

por temeridad. También impone multa por temeridad de 600 euros la **STS de 8 noviembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 296/2013, al recurrente que presenta recurso extraordinario de revisión, alegando que la sentencia que recurre se le notificó en una fecha —dentro del período de tres meses previsto en el art. 510.4 LEC— sin que aporte prueba alguna que acredite la notificación en tal fecha. Se da la circunstancia, además, de que ya se había impuesto multa de 600 euros al recurrente por la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones que se consideró claramente infundado. En este caso, se entiende que las incidencias del procedimiento son claramente imputables al recurrente y tienen un ánimo puramente dilatorio.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
ANA ALÓS RAMOS
ANA HIGUERA GARRIDO
RAÚL BOO VICENTE

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

I. RIESGO POR EMBARAZO, MATERNIDAD Y LACTANCIA NATURAL.

A) Embarazo y maternidad.

B) Lactancia.

II. REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJORES: COMPOSICIÓN DEL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL.

III. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

A) Delimitación de la responsabilidad contractual y extracontractual.

B) Responsabilidad empresarial e indemnización por daños y perjuicios.

C) Las sanciones administrativas por incumplimiento de la normativa en materia de prevención.

D) La coordinación de actividades.

IV. EL RECARGO DE PRESTACIONES.

A) Procede.

B) No procede.

C) Responsabilidad solidaria: no existe.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica jurisprudencial se ofrece una sucinta referencia de las sentencias relativas a la seguridad y salud laboral, publicadas en la *Revista de Información Laboral* (edición digital), números 1, 2 y 3 de 2013.

I. RIESGO POR EMBARAZO, MATERNIDAD Y LACTANCIA NATURAL

A) Embarazo y maternidad

En tres casos se estima la procedencia de la prestación por riesgo por embarazo y maternidad. En el primero, la **STSJ de Castilla-La Mancha, de 7 de noviembre (IL J 100/2013)**

recuerda que sobre el empresario pesa la obligación de adaptar el puesto de trabajo al embarazo de la trabajadora. En ese supuesto, el tribunal aprecia incumplimiento de la normativa de prevención por no haber evaluado los riesgos y no haber previsto las medidas necesarias para evitar la exposición a riesgos que el sistema de trabajo produjo sobre la trabajadora. En el segundo, **el TSJ de Galicia, de 12 de diciembre (IL J 200/2013)**, reconoce la calificación de contingencia profesional, al estimar que la imposibilidad de seguir con la prestación no está motivada por el embarazo de la trabajadora, sino por no poder desempeñar su puesto de trabajo sin exponerse a riesgos inherente al desempeño habitual de las tareas de charcutera, que obligan a la trabajadora a levantar pesos, realizar esfuerzos físicos, y tener una bipedestación mantenida que son incompatibles con el embarazo. En idéntico sentido, se pronuncia **el TSJ de Asturias, en la Sentencia de 25 de enero (IL J 293/2013)** referido a un caso de una trabajadora autónoma.

En cambio, en la **STSJ de Murcia, de 26 de noviembre (IL J 96/203)**, se desestima el recurso de la trabajadora —enfermera— al no haber quedado suficientemente acreditado que las condiciones del puesto de trabajo influyan o pueden influir negativamente en la salud de la madre o del feto, ya que en este caso se había adaptado el puesto de trabajo y se habían adoptado las correctas medidas de seguridad para evitar el contacto directo con los materiales peligrosos habituales en la prestación de su trabajo.

Por último, en el fallo del **TSJ de Cataluña, de 11 de noviembre (IL J 168/2013)**, se analiza la sanción impuesta a la empresa por incumplimiento de medidas de prevención por la exposición de mujeres embarazadas a agentes químicos peligrosos, y se estima correcta tal sanción, al no haber acreditado el empresario la adopción de las medidas adecuadas, dada la inexistencia en la empresa de un protocolo específico para estas situaciones, a efectos de proteger la salud de las trabajadoras en el período de embarazo y lactancia.

B) Por lactancia natural

En la **STS de 22 de noviembre (IL J 306/2013)**, el Alto Tribunal reconoce el derecho a la suspensión del contrato a una trabajadora tripulante de cabina de pasajeros de una empresa de navegación aérea, tras considerar que, tanto la distribución horaria del trabajo —pernoctaciones fuera de su residencia periódicamente— como el lugar del trabajo —la cabina de un avión—, impedían las pausas de las tomas de lactancia, así como la extracción de la leche materna y su adecuada conservación, lo que podría producir riesgos para la salud de la madre, con enfermedades como mastitis o la inhibición definitiva de la leche, sin que hubiese existido ofrecimiento por parte de la empresa de un puesto de trabajo alternativo exento de riesgo.

En idéntico sentido resuelve el **TSJ de Murcia, en la sentencia de 26 de noviembre (IL J 95/2013)** sobre un caso de régimen de trabajos a turnos rotatorios, por no haber adaptado el puesto de trabajo a la situación de la trabajadora (en la misma línea también la **STSJ de Murcia, de 3 de diciembre (IL J 196/2013)**). Por último, en la **STSJ de Castilla-La Mancha, de 13 de diciembre (IL J 98/2013)**, se reconoce la prestación a una auxiliar de enfermería por exposición, aunque baja, a agentes contaminantes biológicos que entrañan un riesgo para la lactancia natural, lo que puede

influir negativamente en la salud de la mujer o del recién nacido, y ante la inexistencia de otro puesto compatible.

No se reconoce, sin embargo, el derecho a la prestación en el caso resuelto por la **STSJ de Murcia, de 3 de diciembre (IL J 197/2013)** al entender que no existe un riesgo para la lactancia natural, ya que la trabajadora, técnico de rayos X, no está sometida en su puesto de trabajo a riesgos químicos, vibraciones, ruidos o temperaturas extremas, ni al uso de productos farmacéuticos. Y tampoco hay constancia de riesgos biológicos, ni está sometida a trabajo a turnos ni a trabajo nocturno.

II. REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJORES: COMPOSICIÓN DEL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

La **STSJ de Castilla-La Mancha, de 12 de diciembre (IL J 218/2013)**, recuerda que para la elección de los miembros de los Comités de Seguridad y Salud no se exige la aplicación de criterio de proporcionalidad, que ha de ser respetado en la composición de los órganos sindicales.

III. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A) Delimitación de la responsabilidad contractual y extracontractual

De los diversos pronunciamientos jurisprudenciales recaídos en esta materia, merece la pena destacar la **STSJ de Baleares, de 6 de noviembre (IL J 167/2013)**, que analiza un caso de responsabilidad contractual y extracontractual, en concreto, una Médico MIR que contrae una enfermedad por contagio de un paciente, quedando acreditada que la causa de la misma fue el exceso de trabajo en el servicio de urgencias y la falta de medios, lo que propició el fallo en los mecanismos de prevención de riesgos laborales. La empresa entendía que no existía accidente de trabajo ya que se trató de un caso fortuito sin relación con ningún incumplimiento imputable al hospital, siendo culpa exclusiva de la trabajadora. En cambio el Tribunal afirma que la trabajadora se limitó a realizar las tareas encomendadas en las condiciones dadas, sin que quede acreditada su culpa en el incumplimiento de la normativa. Así, se trata de un accidente de trabajo sin que la falta de la prueba sobre el modo exacto en que se produjo el contagio sirva para exonerar de responsabilidad al Hospital, puesto que no es capaz de acreditar la concurrencia de las causas de exoneración de dicha responsabilidad, como fuerza mayor o caso fortuito, la negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o la culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario. En ese sentido, no admite que se trate de un caso fortuito, ya que este riesgo estaba contemplado en los protocolos de prevención del Hospital, siendo previsible y, por lo tanto, evitable. En cuanto a si la conducta de la trabajadora puede modular la cuantía de la indemnización, la Sentencia, lo rechaza, ya que, al desconocerse exactamente cómo se produjo el contagio, no cabe imputarlo a una negligencia de la trabajadora pues la carga de la prueba recae sobre el empleador.

B) Reponsabilidad empresarial e indemnización por daños y perjuicios

En el fallo del **TSJ de Galicia, de 22 de noviembre (IL J 279/2013)**, se recuerda que para la concesión de la indemnización de daños y perjuicios derivada de un accidente de trabajo debe quedar acreditada una culpabilidad grave por parte de la empresa, de mayor entidad que la que pueda derivarse un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Por ello, entiende que debe valorarse la existencia o no de sanción por incumplimiento de medidas de seguridad por parte de la empresa o, al menos, la existencia de una actuación inspectora del siniestro que ocasionó a la trabajadora las lesiones definitivas que presenta. Al no constar en los hechos probados que existiera infracción administrativa alguna, se rechaza la pretensión de indemnización de daños y perjuicios por falta de culpa o negligencia por parte de la empresa.

C) Las sanciones administrativas por incumplimiento de la normativa en materia de prevención

La **STSJ de Madrid, de 27 de diciembre (IL J 220/2013)** ratifica la sanción administrativa impuesta por el incumplimiento de medidas de seguridad a propósito de la coordinación de la actividad empresarial en un supuesto en que el empresario principal no había adoptado todas las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollaban actividades en el centro de trabajo recibiesen la información y las instrucciones adecuadas. En cambio, en el fallo del **TSJ de Baleares, de 5 de diciembre (IL J 198/2013)** se procede a anular la sanción impuesta por la Inspección de trabajo por entender que no se indicó, ni en el acta de infracción ni en la resolución impugnada, el hecho determinante del supuesto incumplimiento normativo que justifica la sanción impuesta; esto es, que en la resolución sancionadora se indiquen qué condiciones de trabajo se han modificado o qué concretos daños para la salud se han producido en trabajadores para que la sanción sea aplicada.

D) La coordinación de actividades

En el pronunciamiento del **TSJ de Asturias de 16 de noviembre (IL J 92/2013)** se recuerda que sobre el empresario titular del centro de trabajo recae la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes. Se añade que todos estos deberes, y en concreto el deber de vigilancia, conforman una deuda de seguridad con el trabajador al amparo del art. 24 de la LPRL.

En este mismo sentido, se pronuncia la **STSJ de Madrid, de 27 de diciembre (IL J 220/2013)** para delimitar las responsabilidades del constructor y promotor. Así, la empresa promotora no puede desligarse de su responsabilidad en el proceso productivo, existiendo un deber de vigilancia sobre la empresa constructora, ya que ella es la titular del centro de trabajo y, por lo tanto, la responsable máxima de la misma y sobre ella recaen todas las facultades de organización y de control de la actividad que se desarrolla en su centro. Se

señala que no basta con una mera apariencia formal de la elaboración por el promotor del Estudio de Seguridad y Salud, sino que es necesario que dicho Estudio tenga un alcance y contenido adecuados a los riesgos que analiza, que han de ser los de la actividad productiva a ejecutar y con las medidas preventivas pertinentes y adecuadas para evitar tales riesgos. No se trata solo de cumplir formalmente con las obligaciones en materia preventiva sino de cumplir materialmente con ellas, para que se cumpla de forma eficaz su finalidad, que es la de evitar la producción de accidentes laborales garantizándose la seguridad y salud de los trabajadores.

IV. EL RECARGO DE PRESTACIONES

A) **Procede**

En su pronunciamiento de **9 de noviembre, el TSJ de Asturias (IL J 91/2013)** ratifica la imposición del recargo al entender que la condición de socio del trabajador que sufre el accidente no exime el pago del mismo, ya que ni era un socio mayoritario, ni estaba al frente de la administración o dirección de la empresa, ni concurre cualquier otra circunstancia que elimine la diferencia entre el trabajador y la empresa, y por consiguiente, el deber de seguridad que atañe a ésta respecto de aquél por razón del contrato laboral. En ese caso se tuvo en cuenta la insuficiente formación recibida por el trabajador que no tuvo en cuenta todos los elementos concretos del trabajo desarrollado ni tampoco incluyó procedimientos para evitar las distracciones y los excesos de confianza derivados de la práctica habitual y repetida de las tareas.

En el **fallo del TSJ de Castilla y León, de 21 de noviembre (IL J 93/2013)**, se reconoce el derecho al recargo para un supuesto de faltas de medidas de seguridad vinculada al incumplimiento del deber de vigilancia que pesa sobre el empresario, consistente en la falta de normas de circulación dentro del almacén donde el trabajador prestaba sus servicios por las que debían guiarse los trabajadores en la conducción de sus equipos móviles. Al hilo de esta cuestión se recuerda que, aunque el deber de vigilancia empresarial no es continuo o absoluto, implica que debe organizarse el trabajo y procurarse los mecanismos de seguridad en las instalaciones de trabajo, incluidas la emisión de órdenes empresariales.

Por último, la **Sentencia del TSJ de Cataluña, de 14 de noviembre (IL J 169/2013)**, reconoce el derecho al recargo a una trabajadora que sufrió un atraco en un aparcamiento en el turno de noche sin que tuviese posibilidad de pedir ayuda y sin disponer de alarma que pudiera activarse, por lo que se determina que, teniendo en cuenta que la empresa no había realizado la evaluación inicial de riesgos, existió una clara falta de previsión del riesgo y de medidas de seguridad.

B) **No procede**

En el fallo del **TSJ de Extremadura, de 19 de julio (IL J 110/2013)**, no se reconoce el derecho al recargo al tratarse de un caso fortuito y, por lo tanto, existir una ruptura del nexo causal. Tampoco se admite en la **STSJ de Castilla y León, de 19 de noviembre (IL J 201/2013)**, ante un caso de enfermedad profesional por exposición al amianto, ya que no

se ha comprobado que exista relación de causalidad entre la actividad laboral desempeñada por el actor en una fábrica en la que se utilizaba el amianto, y la enfermedad profesional que sufre derivada de la inhalación de polvo de sílice.

C) Responsabilidad solidaria: no existe

En la **STSJ de Cataluña, de 2 de octubre (IL J 176/2013)**, no se reconoce la existencia de responsabilidad solidaria entre un promotor y constructor. El promotor se limitaba a desarrollar una serie de acciones de iniciativa, coordinación y financiación de los proyectos de edificación que tienen carácter básicamente administrativo y comercial, mientras que el constructor realizaba fundamentalmente una actividad física y productiva. Se trata, por tanto, de actividades empresariales en sí mismas diferentes, aunque entre ellas pudiera existir una conexión o dependencia funcional. Se considera que la actividad de construcción no es una actividad «inherente» al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria. Y, si bien el accidente se produjo en el centro de trabajo del empresario principal, no lo fue con maquinaria o elementos de producción bajo su control, por lo que la infracción concreta en materia de seguridad e higiene corresponde a la empresa contratada, incluida la falta de adecuada formación del trabajador accidentado, infracciones que ninguna relación guardan con la coordinación de actividades que desarrollaba la empresa principal.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN
MARGARITA APILLUELO MARTÍN
MANUEL GONZÁLEZ LABRADA
ELISA SIERRA HERNAIZ

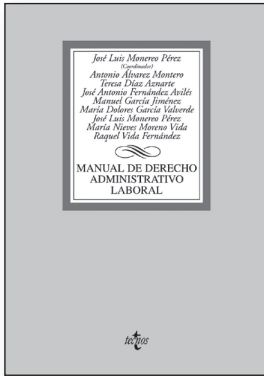
Revista de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social

Justicia Laboral

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)



Manual de Derecho Administrativo Laboral

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ (coordinador),
ANTONIO ÁLVAREZ MONTERO,
TERESA DÍAZ AZNARTE,
JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS,
MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ,
MARÍA DOLORES GARCÍA VALVERDE,
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ,
MARÍA NIEVES MORENO VIDA,
RAQUEL VIDA FERNÁNDEZ

Editorial Tecnos, Madrid, 2012, 347 páginas

LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ
*Profesor Ayudante Doctor.
Departamento de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada*

Encontramos como novedad bibliográfica destacada reciente, dentro de la categoría de los manuales de materias concretas del ámbito sociolaboral, el *Manual de Derecho Administrativo Laboral*, publicado en la Editorial Tecnos y realizado conjuntamente y en coautoría por destacados y reconocidos profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de las Universidades de Granada y Jaén coordinados por

José Luis MONEREO PÉREZ —autor también de la obra—: Antonio ÁLVAREZ MONTERO, Teresa DÍAZ AZNARTE, José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS, Manuel GARCÍA JIMÉNEZ, María Dolores GARCÍA VALVERDE, María Nieves MORENO VIDA y Raquel VIDA FERNÁNDEZ.

Este manual, para los profesionales y estudiosos del Derecho es de gran importancia, puesto que dentro de la rama del Derecho Administrativo Laboral, eran escasas las obras de esta categoría, sin desmerecer por supuesto su calidad, que abordaban el estudio analítico, descriptivo, sistemático y crítico del mismo atendiendo a su categorización como subrama del ordenamiento jurídico del trabajo, regulador de la infraestructura institucional y las facultades de intervención que el ordenamiento confiere a la Administración Pública por razones de servicio o de interés público relacionadas directamente con las relaciones laborales y de protección social. Es por ello, por lo que esta obra, viene a cubrir en parte un vacío existente, especialmente para la doctrina *iuslaboralista*. Y a igual labor contribuye para aquellos alumnos que cursen los grados de Relaciones Laborales y Recursos Humanos, Trabajo Social, Derecho, Ciencias Políticas y de la Administración, etc. Así, este trabajo se constituye en referencia dentro del ámbito académico universitario, tanto para profesorado como para alumnado de grado e, incluso, posgrado.

La obra realiza un estudio técnico y pormenorizado del propio Derecho Administrativo Laboral en el marco del proceso de ramificación del paradigma del Derecho Social del Trabajo. A ello contribuye su adecuada estructura interna dividida en siete temas, a modo de grandes capítulos, con una bibliografía detallada y totalmente actualizada en directa relación con la específica materia tratada y teniendo presente las últimas novedades normati-

vas. Pero es que además, tampoco se ha de obviar su impecable presentación y edición. Todo ello lo conforma en un volumen atractivo.

En este sentido, en el primer tema, con carácter introductorio, se analiza la organización del intervencionismo público en las relaciones de trabajo. Destaca, al respecto, la exposición de los orígenes y del nacimiento de la Administración Laboral en España claramente separada en distintas fases históricas —hasta la II República, ésta última, la nacional-sindicalista y la transición—. Asimismo, se explica la misma en la actualidad atendiendo a la Constitución de 1978 y de normas posteriores. Cierra este tema el estudio de los ámbitos de intervención de la propia Administración en el orden social, tanto en el derecho colectivo como en el derecho individual del trabajo, sus modos y sus ámbitos.

En el segundo tema, se focaliza la atención en la distribución territorial de competencias en materia sociolaboral y de protección social. De esta forma, tras recoger las reglas generales en torno a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en los ámbitos citados, se estudian pormenorizada y exhaustivamente el conjunto de políticas sectoriales y la distribución de sus competencias desde una óptica territorial: en materia de relaciones de trabajo, de Seguridad Social, de asistencia social y servicios sociales, políticas de empleo y política de inmigración.

En el tercer tema, es abordada estrictamente la organización administrativa en el ámbito laboral. Es decir, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social —su organización central, periférica—, la organización administrativa laboral de las distintas Comunidades Autónomas —las Consejerías de Empleo, sus órganos centrales, territoriales y adscritos—, los organismos autónomos laborales —Fondo de Garantía Salarial, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Servicio Público de Empleo Estatal, organismos gestores y servicios comunes de la Seguridad Social, Instituto de la Mujer e Instituto de la Juventud— y los órganos consultivos en materia laboral —el Consejo Económico y Social, el Consejo General de Formación Profesional, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, la Comisión Consultiva del Patrimonio Sindical,

la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, los Consejos Económicos y Sociales de las Comunidades Autónomas y los Consejos de Relaciones Laborales—.

El cuarto tema lo ocupa el estudio del régimen de competencias laborales de la Administración, en especial las funciones relativas a relaciones colectivas e individuales de trabajo, prevención de riesgos laborales, fomento del empleo y actividad administrativa prestacional. Así, son detalladas: las generalidades de las actividades administrativas de comunicación, registro y depósito; las actividades de comunicación, registro y depósito con la relación individual de trabajo, en materia de relaciones colectivas de trabajo; los deberes de registro y comunicación en materia de prevención de riesgos laborales y en materia de seguridad social; las competencias de autorización en materia social; las actividades administrativas de ordenación y conformación de derechos en el plano colectivo; la actividad administrativa de fomento en materia laboral; además de la actividad administrativa prestacional.

El tema quinto destaca por el análisis del personal de las Administraciones Públicas y de las relaciones de trabajo en éstas últimas. Partiendo de la comprensión de la Administración Pública como una organización productiva plural, se estudian los modelos de gestión de personal, las relaciones de empleo y las tipologías organizativas, las fuentes de regulación del empleo público, el personal al servicio de las propias Administraciones Públicas, la ordenación del empleo público y la cooperación interadministrativa en éste último.

El sexto tema se dedica en exclusiva a la actividad administrativa de inspección. Es decir, a la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social: sus orígenes y fundamentos, su normativa reguladora, su organización, los funcionarios integrados en el sistema, su dependencia funcional, sus funciones, su ámbito de actuación, los principios ordenadores de su funcionamiento, la actividad inspectora, las medidas de colaboración y coordinación en ésta última y el resultado de la propia actividad inspectora.

Cierra la obra el tema séptimo, dedicado a la potestad sancionadora administrativa en el orden social: el régimen jurídico de infracciones y san-

ciones en el orden social. Partiendo de la concepción de ésta como garantía de tutela de los derechos laborales, se analiza la evolución normativa experimentada, el actual texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, el régimen jurídico de las infracciones y sanciones en el orden social, el principio de proporcionalidad, la prescripción de las sanciones, las reglas de atribución de la competencia sancionadora, la aplicación de los principios básicos del procedimiento administrativo sancionador en el orden social, el procedimiento sancionador y la ejecutividad y revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas en el orden social.

Para culminar, no se ha de pasar por alto de esta obra el hecho de que en sus distintas partes estén siempre presentes tanto las últimas novedades normativas y reformas jurídico-legales, como las novedades jurisprudenciales y doctrinales más destacadas en relación al tema objeto de estudio. Esta circunstancia, sin ningún tipo de dudas, realza su importancia y actualidad, hasta el punto de que se pueda considerar una obra de obligada referencia y consulta para esta materia. Pero no sólo para el presente, pues estamos ante la primera edición de la misma, sino para el futuro, en las reediciones actualizadas y completadas de años venideros.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La *Revista Justicia Laboral* publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho Laboral y de Seguridad Social. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. **Dirección de envío:** Todos los trabajos y libros para reseñas deberán remitirse a la sede de la *Revista Justicia Laboral* (Lex Nova, C/General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: *redac@lexnova.es*. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
2. **Compromiso de publicación y originalidad:** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
3. **Exclusividad:** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
4. **Evaluación:** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
5. **Extensión y formato:** Por regla general, los trabajos no superarán los 100.000 caracteres contando los espacios. Preferiblemente el interlineado será a doble espa-

cio y las páginas se numerarán correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado, igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:
 - a. LIBRO: Autor, *Título*, núm. edición, lugar de publicación, editor, año, página.
 - b. ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.
 - c. RECURSO DE INTERNET: <URL>.
7. **Emisión de certificados:** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.