

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 53

Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Justicia Laboral

© 2013 Thomson Reuters (Legal) Limited

Lex Nova, S.A.U.

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

Depósito Legal: VA. 157-2000
ISSN 1576-169X
Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General Thomson Reuters Lex Nova
Daniel Tejada Benavides

Impresión

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

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

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

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

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

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

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

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

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



CARHUS PLUS



CSIC

Dialnet

D I C E

IN-RECEJ

BASE DE DATOS
ISOC

latindex

MIAR

resh

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 ON LINE DE ESTA COLECCIÓN, QUE HA SIDO SELECCIONADA POR EL CGPJ PARA SU UTILIZACIÓN POR LOS MIEMBROS DE LA CARRERA JUDICIAL, PUEDE CONSULTARSE EN PORTALJURIDICO.LEXNOVA.ES

LEX NOVA



THOMSON REUTERS

DIRECTOR

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

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

DIRECTOR ADJUNTO

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Carlos III de Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Sevilla

JAVIER GÁRATE CASTRO

Catedrático de Derecho del Trabajo.
Universidad de Santiago de Compostela

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Oviedo

JOSE MARÍA GOERLICH PESET

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Valencia

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

Catedrático de Derecho del Trabajo.
Universidad Pública de Navarra

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad Pompeu Fabra

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

Uría Menéndez. Abogados

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Granada

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo.
Universidad Carlos III de Madrid

MARÍA DEL CARMEN ORTIZ LALLANA

Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de La Rioja

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

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

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Cantabria

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO (de los artículos enviados)

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Salamanca

AURELIO DESDENTADO BONETE

Magistrado del Tribunal Supremo

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

Catedrático de Derecho del Trabajo.
Universidad Pablo Olavide de Sevilla

MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de La Laguna

RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Alcalá

MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

EDITORIAL

EL CONCEPTO JURÍDICO LABORAL DE «INHERENCIA» Y SUS PROYECCIONES SOBRE EL DESPIDO COLECTIVO (NOTAS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL USO DE LA EXPRESIÓN «OTROS MOTIVOS NO INHERENTES A LA PERSONA DEL TRABAJADOR» POR EL ART. 51.1 ET)

La compleja e indeterminada noción de «inherencia» es un concepto muy querido y usado por nuestro Derecho social. Así el art. 22.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales afirma: «El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos *inherentes* al trabajo». Por otro lado, según consolidada interpretación jurisprudencial, lo que determina, a efectos del art. 42 ET, que una actividad sea propia de la empresa está vinculado con la condición de *inherente* a su ciclo productivo. Igualmente, el art. 1.2 del Real Decreto regulador de la Relación Laboral de carácter Especial del personal de Alta Dirección señala que «se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes *inherentes* a la titularidad jurídica de la empresa». Finalmente, el art. 1.1.a) de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, a efectos de la aplicación de aquella indica que «se entenderá por “despidos colectivos” los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no *inherentes* a la persona de los trabajadores». Y, finalmente, en recta correspondencia, el art. 51.1 ET precisa que: «para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros *motivos no inherentes a la persona del trabajador* distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco». La predilección legislativa y jurisprudencial por este indeterminado concepto resulta evidente.

A los efectos que a nosotros ahora interesan, la noción citada se proyecta con especiales repercusiones prácticas, como hemos dicho, en el ámbito de los despidos colectivos pues tanto el citado art. 51.1 ET como la disposición adicional 16.^a Ley 27/2011 (en la redacción dada a esta 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) y el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años, hacen referencia a ella. El precepto estatutario señala, en expresión que se reitera en las demás normas citadas, que «Para el

cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario *en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador* distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco».

La cuestión a resolver es qué consideramos *motivos inherentes y no inherentes a la persona del trabajador*.

La primera duda que surge es determinar qué sea lo inherente a algo o, si mejor se prefiere, en qué consista la propiedad de la inherencia. Se entiende por tal lo que es esencial y permanente en un ser o en una cosa o no se puede separar de él por formar parte de su naturaleza y no depender de algo externo; esto es, aquello que está fuertemente unido a algo por su naturaleza. O, para mayor claridad, inherente es aquella unión entre cosas que son inseparables por su propia naturaleza, y que solo pueden concebirse como algo distinto mediante un proceso de abstracción.

De este modo, podríamos entender que motivos inherentes a la persona del trabajador serán aquellos que proceden de la propia y directa voluntad del trabajador. Esto es, a efectos de los citados usos como criterio de cómputo, no se tendrán en cuenta aquellas extinciones producidas por voluntad unilateral del trabajador o por causas que afectan a su persona. De este modo, no deben computarse las extinciones que se producen por circunstancias concurrentes en la persona de aquél [muerte, invalidez permanente y jubilación *ex art. 49.1.e) ET*]. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su sentencia de 12 de febrero de 1985, Asunto 284/83, declaró que, según el art. 1.1.a) de la Directiva, despido colectivo implica necesariamente una extinción de los contratos de trabajo efectuada a iniciativa empresarial, sin que ninguna otra disposición de la Directiva permita entender comprendida en dicha noción la terminación de los contratos de trabajo por iniciativa de los trabajadores.

Por ello, igualmente, habrá que considerar como inherentes las extinciones que tienen su origen en la decisión o conducta del propio trabajador, tales como el abandono o la dimisión [art. 49.1.d) ET] [STSJ de Castilla y León/Burgos de 14 de septiembre de 2004 (R.º 460/04) y STSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2003 (R.º 1709/03)]. Y también los ceses que se producen en virtud de lo dispuesto en los arts. 40.1 y 41.3 ET, porque responden a una voluntad del trabajador ante una conducta lícita del empresario. Como expresa la Sentencia del TSJ de Madrid de 12 de marzo de 2010 [AS 2010 1090], es cuestionable «que en el cómputo de tales extinciones contractuales fuera factible incluir las de los tres empleados que, por propia voluntad, se acogieron a la extinción de su contrato con base en el traslado de centro de trabajo a la localidad de Ontígola (Toledo), ya fuese por movilidad geográfica, ya por modificación sustancial de sus condiciones laborales como señala la resolución impugnada, pues en este caso dichas extinciones contractuales no tuvieron lugar realmente a instancia de la empresa».

Cabría incluir, también, las extinciones producidas por voluntad conjunta del empresario y trabajador, dado que en ese caso también se encuentra presente el citado carácter inherente de la decisión del trabajador. El mutuo acuerdo [art. 49.1.a) ET] también ha de considerarse inherente a la persona del trabajador porque, como se ha dicho, no se produce a instancia del empresario, sino por la voluntad concorde de las dos partes [STSJ de

Cataluña 23 de abril de 1996 (R.º 2604/96); STSJ de Andalucía/Sevilla de 27 de febrero de 2004 (R.º 3826/03)]. Igualmente, y por la misma razón, hay que incluir el supuesto extintivo del art. 49.1.b) ET —las causas consignadas válidamente en el contrato—, aunque la causa se invoque por el empresario.

Y, en fin, se ha entendido que la referencia a los motivos atinentes a la persona de los trabajadores incluye también la ineptitud sobrevenida del trabajador, la falta de adaptación a las modificaciones tecnológicas operadas en su puesto de trabajo y la excesiva morbilidad del trabajador. El art. 49.1 ET se refiere a la extinción por causas objetivas legalmente procedentes y, en el art. 52, efectúa una enumeración legal y taxativa de las causas motivadoras del despido individual que refiere a determinadas circunstancias, a las que, de nuevo, denomina «objetivas» (inherentes) por contraposición a las «subjetivas» (no inherentes) —propias del despido disciplinario— y que pueden incluir incumplimientos no dolosos o culpables de la prestación que no por ello pierden su carácter dañoso para el empresario y cuya concurrencia determina la eficacia extintiva de la decisión de este último. Estas causas que afectan a la capacidad o el cumplimiento del trabajador se incluyen en los apartados a), b) y d) del citado art. 52 ET.

Expresamente, el art. 1.2.a) de la Directiva determina que no será de aplicación «a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos». De este modo, las extinciones de los contratos de duración o para una obra determinada producidas como consecuencia de la llegada del término o condición resolutoria quedan fuera de la noción comunitaria de despido colectivo. Se trata, en este caso, de una causa extintiva que evidentemente no afecta a la persona del trabajador, sino a un hecho objetivo —la expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio— que delimita la duración del contrato desde su celebración pero que expresamente queda excluida de cómputo de los despidos colectivos por decisión del legislador. Naturalmente, como precisa la propia Directiva, ésta sí será de aplicación cuando las extinciones de este tipo de contratos se produzcan a iniciativa del empresario «antes de la finalización o del cumplimiento» de estos.

Las extinciones por decisión empresarial motivadas en cualquier otra causa que no encaje en alguna de las anteriores van a quedar necesariamente comprendidas en la noción de lo «no inherente», pues el uso de una definición meramente negativa obliga a integrar, a tenor de lo expuesto, en él las resoluciones unilaterales del empresario efectuadas por cualquier motivo, siempre que no sea atinente a la persona o conducta del trabajador. De este modo, esas otras extinciones sí computan a efectos de la noción de despido colectivo.

Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia Comunitario, en su sentencia de 8 de junio de 1994 —asunto C-383/92—, al declarar que el Reino Unido incumplía las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 75/129 por circunscribir las disposiciones legislativas destinadas a aplicar la mencionada Directiva a los despidos económicos, siendo que, según la letra a) del apartado 1 de su art. 1, la misma «se aplica a los “despidos colectivos”, es decir, a los despidos efectuados por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, lo que comprende supuestos diferentes del mero “despido económico”».

De este modo, resultarían incluidos en el cómputo, sin mayores problemas, los despidos por fuerza mayor y, con mayores dudas, las extinciones por muerte, jubilación e incapacidad del empresario persona física y por extinción de la personalidad jurídica del empresario, como señala la STJCE de 12 de octubre de 2004 (Asunto Comisión contra república Portuguesa, C-55/02) que incluye en el cómputo previsto por la Directiva a los despidos por fuerza mayor y al cese de la actividad de la empresa a raíz del fallecimiento del empresario, aunque normalmente en estos casos estaremos ante un cierre total de empresa, por lo que no procederá la aplicación de estas reglas de cálculo.

Igualmente han de computarse todas las extinciones contractuales producidas «por motivos no inherentes a la persona del trabajador», lo que incluye desde luego los despidos practicados al amparo de la letra c) del artículo 52 ET, como ha venido manteniendo la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en sus SSTS de 3 de julio de 2012 (RJ 2012, 9584) y de 8 de julio de 2012 (RJ 2012, 9967).

Más dudas plantea la resolución contractual *ex art.* 50 ET. El citado precepto regula la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento del empresario, que se relaciona como tal causa extintiva en el art. 49.1 ET. Es, en principio, un supuesto de resolución por incumplimiento, un despido «al revés», aunque la afirmación debe matizarse, porque, como ha destacado la doctrina científica, mientras que el art. 54.1 ET exige el carácter «grave y culpable» del incumplimiento del trabajador, en la resolución «la gravedad y aun la culpabilidad del incumplimiento empresarial dejan de exigirse con el mismo rigor». Quizá por ello, la doctrina judicial considera que las resoluciones contractuales instadas por el trabajador al amparo del art. 50 ET deben calificarse como ceses no inherentes a la persona del trabajador y, por tanto, como ceses computables, porque, aunque se producen a instancia del trabajador, traen en realidad su causa de un incumplimiento del empresario.

En cuanto a los despidos disciplinarios, cabría concluir *a priori* que deberían excluirse del cómputo por tratarse de extinciones contractuales debidas a motivos inherentes a la persona del trabajador (su incumplimiento contractual). Esto resulta evidente en el caso de los despidos disciplinarios declarados judicialmente procedentes o en los no impugnados judicialmente. No lo es tanto en los casos de los despidos improcedentes o nulos por atentar contra derechos fundamentales del trabajador. En cuanto al cómputo de los despidos disciplinarios, la doctrina judicial se encuentra dividida:

En primer lugar, encontramos Sentencias que consideran no computables a los despidos disciplinarios en general (SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de diciembre de 2002, R.º 2570/2002, o de Andalucía de 21 de abril de 2004, R.º 570/2004).

En segundo término, otros pronunciamientos, por el contrario, consideran computables los despidos disciplinarios puros, en la medida que éstos derivan de motivos inherentes a la persona del trabajador, al estar fundados en su conducta personal. Y también ha de excluirse la extinción en periodo de prueba por la misma causa, puesto que deriva de una valoración del empresario de lo que constituye el objeto de la prueba, esto es, de las características y aptitud del trabajador, aun cuando esta no sea revisable jurisdiccionalmente salvo supuestos de vulneración de derechos fundamentales (STSJ de Castilla y León/Valladolid de 22 de septiembre de 2010, R.º 1147/2010).

Por último, hay Sentencias, en fin, que entienden computables o no los despidos disciplinarios en atención a su calificación judicial, de manera que no computa el despido

procedente y sí el despido improcedente en el caso de opción por la indemnización y no por la readmisión (STSJ de Castilla-La Mancha 24 de septiembre de 1997, R.º 238/1997). Así, la STSJ de Cataluña 19 de julio de 1995 (AS 1995, 3118) ya precisó, a propósito de esta cuestión, que no «puede compartirse el criterio de que las extinciones contractuales de referencia no son computables «por obedecer a despidos disciplinarios que ocasionaron acuerdos conciliatorios y que no son en modo alguno incardinables en el art. 51.4 (sic) ET», pues, cuando de despidos de tal tipo se trate, habrá que estar a su resultancia y, de la misma forma que un despido disciplinario declarado procedente no puede computarse por constituir un motivo de extinción desde luego inherente a la persona del trabajador, no cabe predicar lo propio de los improcedentes, resultando indiferente el momento procesal en que se declare la improcedencia, bien sea por sentencia o por reconocimiento de esta en trámite conciliatorio. Solución contraria daría pábulo a fáciles maniobras fraudulentas, pues, el axioma —en principio, y como tal incontestable— de que el mutuo acuerdo debe excluirse del cómputo por no producirse sólo a instancia del empresario no puede hacerse extensivo a aquellas transacciones practicadas (y como en el caso de autos, incluso masivamente), en trámite de conciliación con reconocimiento de la improcedencia del despido, que es tanto como reconocer lo ilegítimo de la decisión empresarial extintiva, dimanante tan sólo de la voluntad de la empleadora.

Igualmente deben computarse los despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes cuando, como señala la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 22 de septiembre de 2010 (R.º 1147/2010), «dichos despidos sean totalmente “acausales”, esto es, tengan la cobertura meramente formal del despido disciplinario pero no exista indicio ni principio de prueba de la realidad de unos hechos punibles relevantes que justifiquen el mismo».

Po su parte, la STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2011 (AS 1881), reiterando lo dicho (y acordado en pleno) en las anteriores de la misma sala de 2 de febrero de 2010, 18 de octubre de 2010, 16 de junio de 2011: «(...) no son computables a los efectos de alcanzar el número de trabajadores umbral para el expediente de regulación de empleo: las extinciones de contratos de duración determinada; los despidos disciplinarios declarados procedentes; los despidos objetivos fundamentados en un motivo distinto del artículo 52.c) ET, siempre que resulten asimismo procedentes; las extinciones de contratos producidos en virtud de traslado o modificación sustancial de condiciones de trabajo; las extinciones realizadas en virtud de las causas válidamente consignadas en el contrato; las extinciones producidas por la dimisión, cese o abandono voluntario del trabajador; las extinciones producidas en virtud de jubilación, fallecimiento o invalidez del trabajador; y, en fin, la extinción por mutuo acuerdo cuando la misma no se realice en virtud de una propuesta empresarial realizada a una colectividad de trabajadores y fundamentada —normalmente— en causas económicas». Y que, «por el contrario, se computan a efectos de alcanzar el umbral mínimo de trabajadores necesario para abrir un expediente de regulación de empleo: los despidos disciplinarios declarados improcedentes; los despidos objetivos fundamentados en el artículo 52.c) ET, con independencia de su declaración judicial —procedente o improcedente—; los despidos objetivos fundamentados en un motivo distinto del artículo 52.c) ET cuando fueran declarados improcedentes; la extinción por mutuo acuerdo cuando la misma se realiza en virtud de una propuesta empresarial realizada a una colectividad de trabajadores y fundamentada —normalmente— en causas económicas».

En el mismo sentido, STSJ de Castilla y León/Burgos de 3 de noviembre de 2010 (AS 2464): «no se deberían computar los despidos procedentes, ni evidentemente las bajas voluntarias ni tampoco evidentemente aquellas extinciones de los contratos que lo fueran al amparo del art. 49.1.c) del ET. Pues bien, en el presente supuesto además de los ocho, que no doce, despidos objetivos que la empresa ha efectuado en los noventa días anteriores a la fecha de efectos del despido del trabajador debemos computar los despidos disciplinarios que se han producido (cuarenta en la relación presentada por la empresa desde el 5-3-2010 hasta 31-5-2010) con lo que se excedería del umbral de los treinta trabajadores para el caso concreto enjuiciado teniendo en cuenta el número de trabajadores en su totalidad de las empresas sería el límite para que la empleadora no tuviera que acudir al despido colectivo. Y señalamos lo anterior porque aun siendo cierto que en la relación de altas y bajas de trabajadores de la empresa aportadas solo consta “despido disciplinario” consideramos que es la empresa y no el trabajador quien debe de probar que tales despidos disciplinarios fueron procedentes a efectos de no ser computados».

Sin embargo, la STSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2010 (AS 295/11) dice lo contrario: «que los despidos computables de los 90 días previos, no incluyen los disciplinarios, ni las finalizaciones de contrato, ni las bajas voluntarias, de modo que no puede entenderse que la empresa haya incurrido en fraude de ley del artículo 6.4 CC, que se aplica a quien elude una norma jurídica con merma de derechos para el afectado por la elusión, ya que en el caso de los trabajadores despedidos por cauce disciplinario, se alcanzó conciliación, y acaba existiendo una actuación de mutuo acuerdo finiquitada en la conciliación previa, no computable a los efectos del artículo 51 del ET».

Numerosos filósofos modernos han rechazado la noción de inherencia y otros la han considerado contradictoria. Pero mientras esto ocurre, nociones como «causa», «inherencia» y otros conceptos frecuentemente dotados de una fuerte dosis de indeterminación siguen incorporándose a nuestro ordenamiento jurídico para añadir nuevos golpes a la maltrecha seguridad jurídica. Los riesgos de este actuar son, como hemos visto, más que evidentes.

Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
Jesús R. MERCADER UGUINA

ÍNDICE GENERAL

Página

EDITORIAL

EL CONCEPTO JURÍDICO LABORAL DE «INHERENCIA» Y SUS PROYECCIONES SOBRE EL DESPIDO COLECTIVO (NOTAS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL USO DE LA EXPRESIÓN «OTROS MOTIVOS NO INHERENTES A LA PERSONA DEL TRABAJADOR» POR EL ART. 51.1 ET)

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

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL DERECHO DEL TRABAJO EN ESPAÑA: LÍNEAS DE EVOLUCIÓN Y REFORMAS RECIENTES

Joaquín García Murcia 13

MARCO PRESUPUESTARIO EN TIEMPOS DE CRISIS EN EL ÁMBITO DE SEGURIDAD SOCIAL: LAS LEYES 2/2012 Y 17/2012

Borja Suárez Corujo 33

PRIMER INTENTO DE MEJORA EN LA GESTIÓN DEL SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DE HOGAR POR RDL 29/2012, DE 28 DE DICIEMBRE

Javier Fernández Orrico 59

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO

Óscar Fernández Márquez 81

II. TRABAJADOR

Luis Enrique de la Villa Gil (dir.); Luis Enrique de la Villa de la Serna (Hogan Lovells); Diego de la Villa de la Serna; María de Sande Pérez-Bedmar (coord.); Maravillas Espín Sáez; Jesús González Velasco; Luis Gordo González 105

III. EMPRESARIO

Jesús Cruz Villalón; Macarena Hernández Bejarano; Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco; Rafael Gómez Gordillo; María Sepúlveda Gómez 119

IV. CONTRATACIÓN LABORAL	
<i>José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; María Amparo Esteve Segarra; Mercedes López Balaguer</i>	139
V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL	
<i>Lourdes López Cumbre (dir.); Ana María Badiola Sánchez (coord.); Fernando Breño-sa Álvarez de Miranda; Marta Cimas Soto; María Antonia Corrales Moreno; David Lantarón Barquín; Marina Revuelta García; Montserrat Ruiz Cuesta</i>	147
VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	
<i>M.ª Carmen Ortiz Lallana; Begoña Sesma Bastida; Inmaculada Baviera Puig</i>	177
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>	197
VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA	
<i>Javier Gárate</i>	207
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>	213
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> ..	225
XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL	
<i>José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; Mercedes López Balaguer; María Amparo Esteve Segarra</i>	253
XII. EL PROCESO LABORAL	
<i>Lourdes Martín Flórez; Miguel Ángel Buján Brunet; Jesús David García Sánchez; David Martínez Saldaña</i>	259
XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO	
<i>José Luis Goñi Sein; Margarita Apilluelo Martín; Manuel González Labrada; Elisa Sierra Hernanz</i>	269

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS	283
-------------------------	-----

Revista de Derecho del Trabajo

Justicia Laboral

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL DERECHO DEL TRABAJO EN ESPAÑA: LÍNEAS DE EVOLUCIÓN Y REFORMAS RECIENTES

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

El Derecho del Trabajo en España: líneas de evolución y reformas recientes

Sin perjuicio de la influencia histórica, el Derecho del Trabajo en España se sustenta en la actualidad sobre las bases proporcionadas por la Constitución de 1978 y en las directrices que periódicamente emanan del Derecho de la Unión Europea. En todo caso, es un sector del ordenamiento jurídico muy expuesto a los factores económicos y a los cambios del sistema productivo, por lo que en las últimas décadas ha conocido un incesante proceso de reformas (la denominada «reforma laboral») con las que el legislador ha buscado una regulación más flexible y con mayor capacidad de adaptación a las necesidades de la empresa. Tales transformaciones han dado un nuevo semblante a la legislación laboral, aunque no han cerrado el paso por completo a otras líneas de evolución más atentas a las aspiraciones sociales y más proclives a la mejora de las condiciones de trabajo. Puede decirse, en esencia, que el Derecho del Trabajo de nuestros días trata de encontrar un nuevo punto de equilibrio entre las motivaciones tradicionales de la norma laboral (la tutela del trabajador) y las exigencias más modernas de adaptación constante a los nuevos escenarios de la producción. No ha dejado de preocuparse por la persona que presta servicios por cuenta de otro, pero tampoco quiere dar la espalda a los problemas que puedan detectarse en el ámbito de la productividad y del empleo.

Palabras clave: Empleo, Reforma laboral, Derecho del trabajo.

ABSTRACT

Spanish Labour Law: evolution and recent reforms

Notwithstanding the historical influence, Labour Law has grown in Spain on the foundation provided by the Constitution of 1978 and the guidelines periodically emanate from European Union. In any case, it is a legal branch highly exposed to economic factors and changes in the production system, and that explains Labour Law has been subject in recent decades to an ongoing process of reforms (the so-called «labor reform») with the intention of create a more flexible regulation and give the company a greater ability to adapt to its needs. Such transformations have given a new face to Labour Law, but have not completely closed the way to other lines of development more responsive to social needs and aimed at improving working conditions. It can be said, in essence, that the Labour Law of our days tries to find a new balance between the traditional motivations of Labour Law (protection of the employee) and the most modern demands of constant adaptation to new scenarios. The Labour Law has not stopped caring about the person providing services on behalf of another, but does not want to turn away from the problems that can be detected in the field of productivity and employment.

Keywords: Employment, Labor Reform, Labor Law.

Fecha de recepción: 11/02/2013.

Fecha de aceptación: 11/02/2013.

(*) Una primera versión de este trabajo fue presentada al *European Labour Law Congress* celebrado en Lisboa durante los días 12 a 14 de abril de 2012.

SUMARIO

1. BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN ESPAÑA.
 2. LA INFLUENCIA DEL DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA.
 3. EL PROCESO DE «REFORMAS LABORALES».
 4. LA REFORMA LABORAL DE 2012.
 5. OTRAS LÍNEAS DE EVOLUCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN ESPAÑA.
-

1. BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN ESPAÑA

En la actualidad, las bases del Derecho del Trabajo en España se encuentran principalmente en la Constitución de 1978. No deben desconocerse, sin embargo, otras fuentes de inspiración y otras vías de influencia. Hay que tener en cuenta, antes que nada, la experiencia histórica y la inercia legislativa, que ha entrañado la pervivencia de algunas normas e instituciones procedentes del periodo preconstitucional, así como la continuidad de ciertos modos o hábitos de regulación muy anclados en nuestra tradición jurídica (como el predominio del Derecho «legal» frente al «convencional»)⁽¹⁾. En efecto, de los años previos a la Constitución de 1978 conservamos aún no sólo piezas importantes de nuestro actual sistema normativo (como el Real Decreto-ley de 1977, que regula la huelga y los conflictos colectivos de trabajo), sino también muchas de las pautas de configuración de las leyes reguladoras del trabajo asalariado. La ordenación legal de la negociación colectiva (alrededor de un convenio colectivo de naturaleza normativa y eficacia general), la apuesta inicial por fórmulas unitarias de participación de los trabajadores en la empresa (mediante comités y delegados que representan al conjunto de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo), la minuciosidad de la ley en la regulación de las condiciones de empleo y de trabajo (clasificación profesional, movilidad o tiempo de trabajo, entre otras), e incluso la propensión hacia la solución judicial de los conflictos y litigios laborales (a través de una jurisdicción especializada), por poner algunos ejemplos significativos, constituyen opciones normativas que deben mucho a criterios de regulación muy asentados en la tradición de nuestro Derecho del Trabajo.

Podría decirse, de ese modo, que el tránsito hacia el nuevo sistema legal tuvo lugar con suavidad y sin grandes alteraciones respecto de la situación precedente, mediante un proceso —coincidente a grandes rasgos con la denominada «transición política»— en el que actuaron importantes factores de cambio junto a notables elementos de continuidad⁽²⁾.

(1) Vid. A. MARTÍN VALVERDE, «La formación del Derecho del Trabajo en España», Estudio Preliminar a *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pp. XCV ss.

(2) La bibliografía sobre esa etapa de tránsito de la legislación laboral española es relativamente abundante. Pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras colectivas: *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*

En todo caso, la Constitución española de 1978 abrió diversas vías para la transformación material o de fondo de nuestro ordenamiento laboral, bien ayudada, por cierto, por la amplia serie de normas y declaraciones internacionales que fueron objeto de ratificación por España en los años de la «transición política» (1975 a 1978), que en su conjunto supuso una especie de «homologación» jurídica y política de nuestro país en el plano internacional y que en términos más concretos significó, ante todo, la incorporación plena de los derechos laborales de dimensión colectiva al sistema español⁽³⁾. La influencia más radical y visible de la Constitución sobre la situación normativa anterior tuvo lugar, precisamente, en el campo de las relaciones colectivas de trabajo, mediante el reconocimiento directo de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, huelga y adopción de medidas de conflicto colectivo, operación legislativa en la que el texto constitucional deliberadamente quiso seguir contando, de todas formas, con el apoyo interpretativo de aquel nutrido acervo de instrumentos internacionales (art. 10.2 CE). Aunque muchos de esos derechos se habían ido reincorporando a nuestro sistema interno mediante un proceso paulatino que se había iniciado en los últimos lustros del régimen franquista, y que se aceleró notablemente en los años de la «transición política»⁽⁴⁾, la entrada en escena de la Constitución de 1978 sirvió para proporcionarles una dimensión más acabada, no sólo por su rotunda formulación al más alto nivel normativo, sino también por su cohorte de garantías, que actuaban sobre todo frente al legislador ordinario y a la generalidad de los poderes públicos, pero también frente a los actos de particulares⁽⁵⁾. No tan aparente, pero también importante, fue la transformación operada en el ámbito del contrato de trabajo, que se situó esencialmente en el plano de los valores y los principios inspiradores y que se tradujo, en esencia, en la proyección a dicho terreno de los derechos fundamentales reconocidos con carácter general a todos los ciudadanos, tarea que fue asumida e impulsada principalmente por la jurisprudencia, con un apoyo bastante más discreto por parte del legislador, que caminó por supuesto por esos nuevos senderos pero que se limitó prácticamente a la incorporación de una tabla de derechos básicos de los trabajadores a la legislación laboral de referencia⁽⁶⁾.

(ed. de J. RIVERO LAMAS), Instituto de Relaciones Laborales (Universidad de Zaragoza), 1980, y *Lecciones de Derecho del Trabajo* (en homenaje a los profesores BAYÓN CHACÓN y del Peso Calvo), Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1980.

(3) El proceso de ratificación de normas internacionales durante ese trienio fue realmente espectacular: normas procedentes de la OIT (particularmente los Convenios núm. 87 y 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva), normas procedentes del Consejo de Europa (Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Carta Social Europea), y normas procedentes de la ONU (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Sobre la apertura del texto constitucional a este cauce de regulación, A. MARTÍN VALVERDE, «La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 33 (1988), p. 60.

(4) *Vid.*, por ejemplo, los estudios de M. ALONSO OLEA *et alii* recogidos en *Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo* (Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, 1978).

(5) El balance de esa transformación paulatina del ordenamiento laboral español también puede rastrearse en numerosas obras doctrinales, entre ellas las dos siguientes: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea* (coord. MONTOYA MELGAR, MARTÍN VALVERDE y RODRÍGUEZ-SAÑUDO), MTSS, Madrid, 1990, y *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer* (coord. CASAS BAAMONDE, DURÁN LÓPEZ y CRUZ VILLALÓN), La Ley, Madrid, 2006.

(6) *Vid.* sobre este particular impacto constitucional, entre otros, M. ALONSO OLEA, *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 40 ss.; A. MARTÍN VALVERDE, «Contrato de trabajo y derechos fundamentales», *Revista de Derecho Social*, núm. 6 (1999), pp. 11 ss., y J. RIVE-

La Constitución de 1978 contenía, además, una serie de encargos concretos al legislador con vistas a la renovación formal de nuestro ordenamiento laboral⁽⁷⁾. Preveía, por ejemplo, la aprobación de un Estatuto de los Trabajadores, que en una primera hipótesis de planificación legislativa había de tener como objeto principal la sustitución de las normas en ese momento vigentes sobre contrato de trabajo⁽⁸⁾, pero que también fue aprovechado para reordenar la negociación colectiva y las instituciones de representación de los trabajadores en la empresa, con la consiguiente derogación de las leyes aprobadas durante el periodo precedente. Junto a ese encargo central, la Constitución de 1978 preveía asimismo la elaboración de dos leyes estructurales para el sistema de relaciones laborales. En primer término, una nueva ley de libertad sindical, que tras algún retraso fue aprobada finalmente en 1985 y que, por causas de diversa índole (bastante ligadas a un curioso debate sobre la titularidad de ese derecho), provocó desde entonces la concurrencia dentro de nuestro ordenamiento de dos bloques de regulación acerca de la organización de intereses profesionales en el ámbito del trabajo asalariado, uno para los trabajadores y sus sindicatos, concentrado en ese texto del año 1985, y otro para los empresarios y las asociaciones empresariales (para las que siguió rigiendo una ley de asociación sindical que se había aprobado en 1977). Inmediatamente después de ese primer encargo la propia Constitución preveía la aprobación de una ley sobre huelga y conflicto colectivo de trabajo, tarea que, seguramente por su mayor «sensibilidad» social y su mayor implicación «política», no ha llegado aún a cumplimentarse, por lo que sigue vigente la norma aprobada en 1977, que por ser preconstitucional fue sometida a un particular proceso de revisión y escrutinio constitucional que dio lugar a una conocida e importante sentencia de 1981 y a resultados del cual fueron declarados nulos algunos de sus preceptos⁽⁹⁾.

RO LAMAS, «Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional», AA.VV., *El trabajo en la Constitución*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 491 ss.

(7) Del impacto de la Constitución de 1978 en la legislación laboral española dieron cuenta en su momento numerosas obras colectivas, como *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980), o *Los trabajadores y la Constitución* (Sociedad de Estudios Laborales, Madrid, 1980). A dicha temática fue dedicado también un número monográfico (121 de 1979) de la *Revista de Política Social*. Reflejos de dicho impacto aparecen asimismo en los *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor BAYÓN CHACÓN*, Tecnos, Madrid, 1980. Sobre el contenido «social» de la Constitución española pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras colectivas: *Comentarios a la Constitución socioeconómica de España* (dir. J.L. MONEREO, C. MOLINA y M.N. MORENO), Comares, Granada, 2002, y *El modelo social de la Constitución española de 1978* (dir. A. SEMPERE NAVARRO), MTAS, Madrid, 2003.

(8) En ese momento histórico las normas legales sobre contrato de trabajo se contenían en esencia en la Ley de 26 de enero de 1944, que se había construido a partir de una Ley homónima de 1931 y que había sido afectada en varios de sus pasajes por la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y el Real Decreto-ley de Relaciones de Trabajo de 1977. Sobre dicha sucesión normativa, A. MONTOYA MELGAR, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 411 ss.; en especial, sobre el sentido y alcance de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, G. BAYÓN CHACÓN, «Problemas de carácter general en la nueva Ley de Relaciones Laborales», AA.VV. (dir. BAYÓN CHACÓN y ALONSO OLEA), *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, 1977, pp. 11-33.

(9) Una minuciosa descripción y valoración de esa operación de ajuste constitucional puede encontrarse en J. MATÍA, T. SALA, F. VALDÉS y J. VIDA, *Huelga y conflicto colectivo*, Civitas, Madrid, 1982. Como es sabido, el Parlamento tuvo ocasión de debatir sobre un proyecto de ley de huelga en los primeros años noventa del siglo pasado, aunque no llegó a fructificar (vid. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993*, Universidad de Cantabria, 1993). En general, sobre muchos de los problemas que plantea la actual regulación de la huelga y el conflicto colectivo de trabajo, J. CABEZA PEREIRO y J. MARTÍNEZ GIRÓN (dir.), *El conflicto*

2. LA INFLUENCIA DEL DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Desde la década de los ochenta del siglo xx el Derecho del Trabajo español empezó también a experimentar un importante proceso de adaptación al Derecho de la Unión Europea. La incorporación de España a las entonces denominadas «Comunidades Europeas» supuso un nuevo impulso para la modernización del país y, en particular, para el enriquecimiento del Derecho del Trabajo español. Tal vía de influencia también se dejó notar de modo suave y progresivo, en parte porque el ordenamiento español preexistente no ofrecía en realidad contradicciones insuperables con el ordenamiento comunitario, y en parte porque la intensificación de la labor legislativa de las instituciones europeas en materia social comienza justamente por esos años, mediante sucesivos programas de acción social⁽¹⁰⁾. Se trata, de cualquier modo, de un factor de transformación muy significativo para la legislación laboral española, tanto en lo que se refiere a sus contornos materiales como en la formulación de muchas de sus reglas⁽¹¹⁾.

La transposición al Derecho del Trabajo español de las directrices comunitarias en materia social ha seguido en síntesis dos procedimientos: o bien la reforma de las leyes ya existentes, con la consiguiente adaptación de su contenido, o bien la aprobación de leyes nuevas, normalmente dedicadas a temas más concretos o a cuestiones de índole singular⁽¹²⁾. El procedimiento más habitual ha sido el primero, que ha afectado principalmente al Estatuto de los Trabajadores. Puede decirse, en esencia, que las operaciones de «reforma laboral», que responden primordialmente a factores económicos y que han sido muy frecuentes en España en las últimas décadas, como después veremos, han sido aprovechadas también para introducir ajustes en la legislación interna en cumplimiento de las directrices comunitarias. Tales ajustes se han producido, por ejemplo, en las normas

colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al Profesor Gonzalo Díezguez, Laborum, Murcia, 2008; sobre la trayectoria histórica en España de este particular flanco normativo, AA.VV., *Legislación histórica sobre huelga y conflicto colectivo de trabajo* (dir. J. GARCÍA MURCIA y M.A. CASTRO ARGÜELLES), Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2011.

(10) Es verdad que hasta la etapa de la «transición política» y, sobre todo, hasta la zambra en marcha con plenitud del nuevo sistema constitucional, el ordenamiento laboral español ofrecía bastantes deficiencias de configuración respecto de las pautas habituales en los países de nuestro entorno (países que en su mayor parte eran ya miembros de la Comunidad Económica Europea), particularmente en materia de derechos colectivos. Pero también es cierto que la intervención de las instituciones europeas en el terreno de las relaciones de trabajo no alcanzó especial intensidad y amplitud hasta los años ochenta del siglo pasado, justamente cuando España tuvo oportunidad de incorporarse como miembro de pleno derecho a esa organización supranacional. Los grandes rasgos de ese proceso pueden consultarse en F. PÉREZ DE LOS COBOS, *El derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 19 ss., y AA.VV. (dir. J. CRUZ VILLALÓN y T. PÉREZ DEL RÍO), *Una aproximación al Derecho social comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 13-30. Para el proceso general de construcción de la actual Unión Europea, R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson/Civitas, Pamplona, 2012, pp. 15-64.

(11) Se trata de un factor de transformación que, por otra parte, ha operado tanto por el canal estrictamente normativo como por vía de jurisprudencia, a través de la labor interpretativa del Tribunal de Justicia. Sobre este importante flanco jurisprudencial, A. MARTÍN VALVERDE, «La aplicación jurisdiccional del Derecho social de la Comunidad Europea», Estudio Preliminar a *Política Social de la Comunidad Europea*, volumen 3, tomos I, II y III, MTSS, Madrid, 1992 y 1995. Una delimitación y descripción del alcance material del Derecho social de la Unión Europea al cierre del siglo xx puede encontrarse en J. CRUZ VILLALÓN y T. PÉREZ DEL RÍO (coord.), *Una aproximación al Derecho social comunitario*, CARL/Tecnos, Madrid, 2000.

(12) Un balance puntual de ese cauce de influencia en la configuración del ordenamiento laboral español puede encontrarse en la obra colectiva (dir. J. GARCÍA MURCIA) *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español*, MTAS, Madrid, 2005.

aplicables a los despidos por causa económica (con la introducción expresa de la figura del despido colectivo), en la regulación de la transmisión de empresa (con el incremento de los deberes de información a cargo de las empresas afectadas), en la creciente sofisticación de las reglas sobre contratación temporal y a tiempo parcial (con las consiguientes medidas de igualdad de trato y los pertinentes derechos de información sobre vacantes), en la implantación de nuevos derechos de información acerca de los elementos esenciales del contrato de trabajo (materia más novedosa para la legislación española), en la ordenación jurídica de los tiempos de trabajo y los tiempos de descanso (donde el impacto del acervo comunitario debe mucho a la jurisprudencia), en la intensificación de los medios de garantía del salario en caso de insolvencia de la empresa (con la progresiva mejora de una maquinaria que en España había sido creada en el año 1976), o en la identificación y descripción de las competencias de los representantes de los trabajadores (que, siguiendo las pautas comunitarias, fueron sistematizadas alrededor de los consabidos derechos de información y consulta)⁽¹³⁾.

Es verdad que también han sido aprobadas leyes específicas de transposición de Directivas comunitarias, que en muchos casos han entrañado una ampliación interesante —en sentido cuantitativo pero también cualitativo— del Derecho del Trabajo español respecto de sus líneas tradicionales. Como era de esperar, tal intervención legislativa ha tenido lugar preferentemente en aquellos asuntos de marcado carácter trasnacional, por naturaleza más innovadores, como los referidos a ciertas formas de participación de los trabajadores en la empresa (en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, y en las sociedades y cooperativas europeas), o los relativos al desplazamiento temporal de trabajadores con ocasión de prestaciones de servicios trasnacionales comprometidas por su empresa. Leyes españolas sobre estos temas fueron aprobadas, concretamente, en el año 1997 (para regular los «comités de empresa europeos»), en el año 1999 (para regular los desplazamientos temporales de trabajadores de carácter trasnacional) y en el año 2006 (para ocuparse de la «implicación» de los trabajadores en sociedades o cooperativas europeas), lo cual pone de relieve, dicho sea de paso, que, en términos generales, el Estado español ha actuado con diligencia en la transposición de las correspondientes directivas comunitarias, sin perjuicio de algún pequeño retraso en algún tema concreto. Una intervención legal específica con fines de transposición se ha producido también en la materia relativa a seguridad y salud en el trabajo, mediante la aprobación de la Ley de «prevención de riesgos laborales» de 1995, una disposición legal de esforzada y tardía elaboración, tal vez por la trascendencia y la dificultad intrínseca de esta particular regulación, pero que, de todos modos, actuaba sobre un terreno que ya contaba con numerosas referencias dentro de nuestro sistema normativo (empezando por el propio Estatuto de los Trabajadores, en el que también se contiene alguna regla importante sobre seguridad y salud en el trabajo).

Conviene decir, por otra parte, que la introducción en nuestro país de las directrices comunitarias ha supuesto la incorporación al ordenamiento laboral no sólo de nuevas nor-

(13) La influencia de las líneas de regulación del derecho social comunitario se ha dejado notar a veces no sólo en la institución correspondiente sino también en parcelas próximas o anexas. Es el caso de los derechos de información de trabajadores y sus representantes reconocidos hoy en día en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios (art. 42 ET), que mantienen un paralelismo indiscutible con los derechos de información difundidos por la Comunidad Europea desde hace tiempo en materia de despidos colectivos y transmisión de empresa.

mas, o de nuevas formulaciones para leyes ya existentes, sino también de nuevos criterios de regulación. La distinción entre decisiones de carácter colectivo y decisiones individuales en la gestión de los recursos humanos en la empresa (no sólo a propósito del despido, sino también a propósito de la movilidad o la modificación de condiciones de trabajo), la idea de «flexibilidad» (particularmente la denominada «flexibilidad interna»), o la apuesta por una «política activa de empleo» (en sus dimensiones de cualificación profesional y fomento del empleo), son nociones que proceden en última instancia del acervo común europeo y que ya han cobrado carta de naturaleza en el sistema español⁽¹⁴⁾. Lo mismo puede decirse de la progresiva recepción en nuestro ordenamiento legal y convencional de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar (con el consiguiente incremento de los «permisos parentales», en sus distintas modalidades), o de la potencia interpretativa, la capacidad renovadora y el grado de difusión que ha llegado a adquirir entre nosotros el principio de igualdad y no discriminación (por razón de sexo pero también por otros múltiples factores, como la ideología, el origen, la discapacidad, la edad o la orientación sexual), cuya presencia tanto en la labor legislativa como en sede jurisdiccional es de una abundancia notabilísima.

Capítulo particular en este proceso de adaptación a pautas o directrices procedentes de la Unión Europea ha de reservarse para la intermediación en el mercado de trabajo, terreno en el que el sistema español ha experimentado una transformación radical desde los años noventa, sin duda por influencia de las libertades económicas y profesionales difundidas e impulsadas desde las instituciones comunitarias. Frente a un sistema anclado en el tradicional modelo de monopolio de los servicios públicos de empleo y de absoluta prohibición de las prácticas de cesión de mano de obra, se ha pasado en un par de décadas a un sistema que acepta de modo expreso tanto la intervención de empresas de trabajo temporal como la presencia de agencias privadas de colocación (limitada en un primer momento, en 1995, a las que actuaban sin ánimo lucrativo, pero posteriormente extendida, en el año 2010, incluso a las que persiguen ánimo de ganancia)⁽¹⁵⁾. Esas nuevas líneas de regulación siguen atribuyendo un relevante papel institucional a los servicios públicos de empleo, pero su labor se

(14) Una primera valoración de nuestro ordenamiento laboral desde esta perspectiva puede encontrarse en F. DURÁN, A. MONTOYA y T. SALA, *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, MTSS, Madrid, 1987. Sobre la influencia de los nuevos criterios de flexibilidad en nuestra legislación laboral pueden consultarse, por ejemplo, los estudios de J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, M.R. MARTÍNEZ BARROSO y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO (*El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas flexibilizadoras de la relación laboral*) y de F. NAVARRO NIETO y C. SÁEZ LARA (*La flexibilidad en la nueva relación de trabajo*), ambos publicados por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

(15) En ambos terrenos, empresas de trabajo temporal y agencias de colocación, ha tenido incidencia indudablemente la acción de las instituciones europeas, pero los canales de influencia han sido diferentes en uno y otro caso. Las empresas de trabajo temporal han sido objeto desde hace tiempo de intervención normativa por parte de la Unión Europea, inicialmente en relación con los problemas de seguridad y salud en el trabajo (Directiva 91/383/CEE) y posteriormente de una forma más directa y generalizada (Directiva 2008/104/CE), sin perjuicio de que el desarrollo de sus actividades también haya encontrado apoyo en la jurisprudencia comunitaria (como en el asunto 237/83, *Sarl Prodest*, decidido por sentencia de 12 de julio de 1984). Las agencias de colocación, en cambio, han visto impulsado su espacio de actividad a través de cláusulas más generales, conectadas a las libertades económicas y profesionales y proyectadas a este ámbito, en buena medida, mediante la interpretación jurisprudencial (véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 1979, as. 110/78 y 11/78). El sustento institucional para uno y otro tipo de agencias se ha visto reforzado, por otra parte, con la revisión de las pautas más tradicionales de la OIT en esta materia a través de su Convenio núm. 181 (1997).

va concentrando paulatinamente en la gestión de la «política activa de empleo» (programas de formación profesional y de fomento del empleo, básicamente) y de las prestaciones y subsidios de desempleo, con la consiguiente pérdida de protagonismo en las tareas clásicas de anotación y ajuste de ofertas y demandas de empleo, que para los servicios públicos de empleo se limitan hoy en día, prácticamente, a la búsqueda de colocación para los grupos de población con mayores dificultades de colocación (jóvenes, discapacitados o trabajadores «maduros») mediante planes de inserción laboral⁽¹⁶⁾.

La influencia «europea» ha llegado incluso hasta un campo tan singular como el de la entrada y estancia de extranjeros, muy propicio desde luego a la planificación desde instancias supranacionales pero, al mismo tiempo, muy apegado a las pautas de organización social de cada país y muy expuesto, en consecuencia, a una actitud celosa y poco receptiva por parte de los Estados. En cualquier caso, España ha procedido en los últimos lustros a una profunda renovación del régimen legal sobre trabajo de extranjeros, no sólo con fines de adaptación a las nuevas características de los flujos migratorios, sino también con el obligado objetivo de incorporar las reglas comunitarias sobre libre circulación de trabajadores y personas y de acomodar nuestra legislación interna a las directrices de la Unión Europea, cada vez más abundantes, acerca del estatuto jurídico y la integración social de los ciudadanos procedentes de «terceros países»⁽¹⁷⁾.

En términos generales puede decirse que la tarea de acomodación del Derecho del Trabajo español a las directrices de la Unión Europea ha sido cumplimentada en condiciones aceptables, tanto por su ritmo como por su contenido, sin perjuicio de que en más de un caso España haya sufrido, como la mayor parte de los países comunitarios, la pertinente condena o llamada de atención por parte del Tribunal de Justicia (como ha sucedido, precisamente, en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo al que se acaba de aludir), o de que la incorporación o aplicación efectiva de las correspondientes reglas comunitarias (y de la pertinente interpretación jurisprudencial) haya dado lugar a situaciones de controversia o discrepancia⁽¹⁸⁾. De cualquier modo, y como ya dijimos, la continuada tarea de transposición y adaptación desarrollada por el legislador español ha proporcionado a nuestro Derecho del Trabajo una composición material de mayor riqueza que en sus estadios precedentes, un tono más perceptible de modernidad y una capacidad más contrastada de actualización al ritmo de las cambiantes exigencias económicas y sociales.

(16) Sobre las reformas acaecidas en este ámbito de la legislación y la política social, M.E. CASAS BAAMONDE *et al.*, *Convergencia europea y reforma del mercado de trabajo* (número 16/17 de *Relaciones Laborales* de 1993, especial monográfico) y *Reforma del mercado de trabajo* (número 5/6 de *Relaciones Laborales* de 1994, especial monográfico). Para las últimas reformas del marco legal del empleo, F. VALDÉS DAL-RÉ y G. SOBRINO GONZÁLEZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Empleo*, La Ley, Madrid, 2012, y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *La intermediación en el mercado de trabajo*, La Ley, Madrid, 2012.

(17) Vid. J. GARCÍA MURCIA y M.A. CASTRO ARGÜELLES, «El marco competencial estatal y autonómico en materia de inmigración: su delimitación», en AA.VV. (dir. J.L. MONEREO), *Los derechos de los extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 123 ss.

(18) Sobre la experiencia jurisdiccional de articulación de las directrices europeas con las previsiones paralelas de nuestro ordenamiento interno en relación con determinadas materias de índole laboral o social, I. ALZAGA RUIZ, *La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral*, Civitas/Thomson, Pamplona, 2009, pp. 109 ss.

3. EL PROCESO DE «REFORMAS LABORALES»

Ya se anunció que la transformación del Derecho del Trabajo en España durante los últimos lustros se ha producido, asimismo, a través de un intenso y continuado proceso de «reforma laboral» que tiene sus inicios en los años ochenta del siglo pasado y que presenta puntos de contacto con los procesos seguidos con ese mismo fin en muchos países de nuestro entorno. Como es sabido, este proceso de reformas viene impulsado sobre todo por la situación de crisis económica que con carácter cíclico y recurrente se ha vivido en las últimas décadas en el occidente europeo, y trata de dar respuesta tanto a los problemas que dicha circunstancia ha provocado en el mercado de trabajo, con el conocido incremento de las tasas de desempleo, como a los desafíos que los nuevos escenarios han venido planteando para la competitividad y la supervivencia de las empresas, entre otras razones por la «globalización» de la economía, el incremento de las posibilidades y prácticas de deslocalización, el inacabable proceso de avance tecnológico o las nuevas pautas de desarrollo de la actividad productiva a escala mundial⁽¹⁹⁾. La reforma laboral ha supuesto, de alguna manera, un replanteamiento del sentido y la razón de ser del Derecho del Trabajo, y ha obligado, sobre todo, a buscar respuestas para dos grandes cuestiones de nuestros días: por un lado, si el Derecho del Trabajo debe centrarse en exclusiva en la tutela y compensación de los trabajadores empleados, sin una consideración especial a los desequilibrios que pudieran producirse en el mercado de trabajo ni, en particular, a sus posibles consecuencias desde el punto de vista de las oportunidades de empleo; por otro, si la norma laboral tan sólo debe orientar sus preocupaciones hacia la mejora constante y progresiva de las condiciones de ejecución del trabajo, sin reparar en las posibilidades reales del sistema productivo ni en sus ya conocidas oscilaciones, y sin tener en cuenta, más concretamente, las alteraciones, las situaciones de crisis o incluso los retrocesos de nivel que pueden experimentar las organizaciones productivas, especialmente en contextos de cambio acelerado en las relaciones económicas.

Son retos a los que, ciertamente, nunca han podido dar la espalda por completo las fuerzas motrices del Derecho del Trabajo⁽²⁰⁾. Pero también es verdad que el protagonismo de esas variables de tipo económico y productivo ha ido creciendo con el paso del tiempo, hasta el punto de que la tarea de revisión y replanteamiento de la legislación laboral ha dejado de ser algo episódico o de carácter extraordinario para convertirse en pauta habi-

(19) En realidad, todos ellos son fenómenos pertenecientes al ámbito de la economía, la producción y la vida social que no han dejado de influir en la organización y en la ordenación jurídica del trabajo a lo largo del tiempo, como bien acertó a describir M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 377 ss. Aunque sus consecuencias son mucho más variadas, para el Derecho del Trabajo (y para la política social en su conjunto, desde luego) el efecto más significativo de las situaciones de crisis económica es el incremento de las tasas de desempleo. Balances de periodicidad anual de tal efecto en el mercado de trabajo español pueden encontrarse en la correspondiente «memoria» del Consejo Económico y Social (*Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral*, CES, Madrid, última publicación de 2011). Balances de proyección mundial pueden encontrarse en las series anuales de la OCDE (la última, *Perspectivas de empleo 2012*, Informes OCDE, MESS, Madrid, 2012).

(20) Ya es típica y tónica, como prueba de esa antigua y constante preocupación, la cita de los estudios de H. SINZHEIMER reunidos bajo el título de *Crisis económica y Derecho del Trabajo* (IELSS, Madrid, 1984), con estudio preliminar y traducción de F. VÁZQUEZ MATEO. Algunas reflexiones desde la perspectiva actual en J. GARCÍA BLASCO, «El Derecho social del Trabajo clásico ante la crisis», AA.VV., *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Comares, Granada, 2010, pp. 3-23.

tual de la actividad legislativa e incluso de la política social. Las operaciones de «reforma laboral» han pasado a ser, en efecto, moneda corriente en nuestros días⁽²¹⁾. Son operaciones que entrañan, en síntesis, un intento de superación o precisión de los moldes originales de la legislación laboral, con el fin de reorientar sus líneas de acción hacia los problemas de la empresa y del mercado de trabajo. La reforma laboral, dicho de otra forma, implica una mayor atención del Derecho del Trabajo a los factores productivos, bajo el presupuesto de que la deseable senda de mejora progresiva de las condiciones de trabajo sólo puede sostenerse sobre el crecimiento económico, y de que, en consecuencia, la norma laboral debe coadyuvar a dicho objetivo. De ahí que las leyes de reforma laboral se hayan fijado siempre como objetivo tanto la fluidez del mercado de trabajo, para impulsar las oportunidades de empleo, como la gestión de la empresa, para que pueda adaptarse y sobrevivir en un contexto cada vez más competitivo. La reforma laboral ha entrañado, en suma, una notable remoción de los presupuestos del Derecho del Trabajo, con el objetivo de atender en mayor medida los problemas de la producción y el empleo y con sustento en una serie concatenada de hipótesis con trasfondo económico y productivo: a) el buen funcionamiento de las organizaciones productivas puede redundar en un mejor funcionamiento del sistema económico; b) el mejor funcionamiento del sistema económico puede reportar mejores condiciones para el mercado de trabajo, y c) todas esas mejoras pueden proporcionar a la postre mayores oportunidades de empleo para aquellos grupos sociales, mayoritarios en el tipo de sociedad que conocemos, que tienen que vivir de su trabajo⁽²²⁾.

Con esos contornos, no es difícil hacerse a la idea de que las operaciones de reforma laboral han incidido sobre todo en tres grandes parcelas de la regulación del trabajo asalariado: la parcela relativa a la colocación y contratación de trabajadores, la parcela relativa a las condiciones de ejecución del contrato de trabajo, y la parcela relativa a la extinción de la relación laboral. En esas tres parcelas ha actuado el legislador con un mismo propósito: dotar de mayor flexibilidad a las normas laborales correspondientes para que en el lugar de destino (la empresa) se puedan afrontar en mejores condiciones las transformaciones incesantes de la actividad productiva. En primer término se ha querido profundizar en la «flexibilidad de entrada», lo cual significa ampliar los instrumentos de información y los cauces de encuentro entre demandas y ofertas de empleo, pero también adaptar las fórmu-

(21) Los procesos de reforma laboral se han intensificado en las últimas décadas, pero cuentan con manifestaciones importantes, cuando menos, desde los años setenta del siglo XX, con ocasión de los primeros síntomas de crisis económica con efectos «globales» tras la etapa de crecimiento y desarrollo económico que siguió a la segunda guerra mundial. Tales episodios de crisis tuvieron reflejo desde luego en el sistema laboral español, y dieron lugar tanto a la adopción de algunas medidas de reforma, orientadas sobre todo a la ordenación del mercado de trabajo y al fomento de la contratación, como a un incipiente debate sobre los fines y funciones de la legislación laboral. *Vid.*, por ejemplo, la obra colectiva *El Derecho del Trabajo y de la seguridad social ante la crisis económica*, I Jornadas de la Facultad de Derecho (coord. J. APARICIO TOVAR y A. BAYLOS GRAU), Universidad Complutense de Madrid, 1984, y A. MARTÍN VALVERDE, «El Derecho del Trabajo de la crisis en España», *REDT*, núm. 26 (1986), pp. 165 ss.

(22) Los análisis doctrinales de las sucesivas operaciones de reforma laboral en España son muy abundantes. Para las reformas de mayor extensión y envergadura realizadas con anterioridad a 2012 (1984, 1994 y 2010) pueden consultarse, respectivamente, los siguientes estudios: A. MARTÍN VALVERDE, «Las transformaciones del Derecho del Trabajo en España (1976-1984) y la Ley del Estatuto de los Trabajadores», AA.VV., *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, 1985; F. VALDÉS DAL-RÉ, *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994, y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dir.), *La reforma del mercado de trabajo y la Ley 35/2010*, La Ley, Madrid, 2010.

las de contratación laboral a las condiciones del mercado y las necesidades de las organizaciones productivas. En segundo término se ha procurado mayor «flexibilidad interna», que implica en esencia la concesión a la dirección de la empresa de mayores espacios para la gestión cotidiana de sus recursos humanos (asignación de funciones, ubicación territorial, condiciones de trabajo, etc.), sin perjuicio de que el ejercicio de los correspondientes poderes empresariales pueda someterse en mayor o menor medida a exigencias de información y consulta con los representantes de los trabajadores. En tercer término se ha intensificado la «flexibilidad de salida», en el sentido de mayores facilidades para la dirección de la empresa con vistas a la extinción de los contratos de trabajo por razones de tipo económico o productivo, lo cual puede y suele afectar tanto a la formulación de las causas como a la fijación de los pertinentes requisitos de forma y procedimiento, con un papel muy protagonista para el coste del despido. Todos estos objetivos han tratado de alcanzarse en primer lugar mediante la modificación directa de los correspondientes preceptos legales, que como resultado de todo ello se han hecho más dúctiles y han adoptado un tono más híbrido o grisáceo, con el consiguiente abandono de su tradicional inclinación protectora, al menos en una primera lectura. Pero también se han perseguido a través de una nueva concepción de la negociación colectiva, que de su clásica función de mejora progresiva de las condiciones de trabajo ha pasado a ser un ingrediente más de flexibilidad, como instrumento especialmente apropiado para la adaptación coyuntural o periódica de las reglas aplicables en la empresa⁽²³⁾.

Los rasgos característicos de este tipo de operaciones legales se han dejado ver con claridad en el proceso español de reformas laborales. Un aspecto constante de estas ha sido, como ya vimos, la incorporación progresiva de nuevos agentes intermediarios en la colocación de los trabajadores, como las agencias privadas y, bien es cierto que con un papel más singular, las empresas de trabajo temporal. Otro punto habitual en la reforma laboral española ha sido la búsqueda de vías contractuales atractivas para las empresas, y a tal efecto se han puesto en marcha, según la coyuntura política o económica, contratos temporales con fines de fomento del empleo (1984), contratos indefinidos con menores costes de extinción (1997), o contratos con aspiración de estabilidad dotados de importantes incentivos económicos en forma de reducción de cuotas a la seguridad social o incluso de desgravaciones fiscales (2012). Tema recurrente en las reformas laborales españolas, especialmente a partir de 1994, ha sido asimismo la apertura de mayores márgenes para que la empresa modifique, según sus necesidades cotidianas, tanto las tareas asignadas al trabajador (movilidad funcional) como las condiciones de organización y remuneración del trabajo, con especial atención al lugar y tiempo de trabajo (movilidad geográfica, modificación de condiciones de trabajo, reducción temporal de jornada o suspensión de los contratos de trabajo). Parcela estelar de toda reforma laboral en España ha sido, en fin, la extinción del contrato de trabajo, en cuya regulación se ha buscado de forma constante una descripción legal de las

(23) Reflexiones y aproximaciones de carácter general sobre la caracterización y el devenir histórico de nuestro sistema de negociación colectiva pueden encontrarse en F. VALDÉS DAL-RÉ, *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, Comares, Granada, 2012. Sobre algunas de las reformas legales más significativas en la etapa postconstitucional, M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. DEL REY GUANTER (coord.), *La reforma de la negociación colectiva*, Marcial Pons, Madrid, 1995, y R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (dir.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, Madrid, 2012.

causas de despido capaz de ofrecer seguridad al empresario a la hora de tomar ese tipo de decisiones, tratando de evitar en lo posible una eventual declaración de nulidad o improcedencia por parte de los órganos judiciales y tratando de ajustar sus costes a parámetros más acordes con las reivindicaciones empresariales.

En una presentación y valoración global de las reformas laborales desarrolladas en España durante las últimas décadas también tiene interés el aspecto procedimental. Prácticamente todas las reformas llevadas a cabo en nuestro país (1984, 1994, 1997, 2001/2002, 2006, 2010, 2011 y 2012, sin perjuicio de algunas otras de alcance más limitado) han seguido tres fases en su preparación y elaboración. Una primera fase de diálogo social del Gobierno promotor de la reforma con las organizaciones más representativas de trabajadores y empresarios, diálogo que no responde exactamente a una exigencia legal sino más bien a una práctica muy tradicional de nuestro sistema y que no siempre ha concluido con acuerdo; es más, las reformas de mayor envergadura y profundidad se han llevado a cabo tras la frustración de esa vía de encuentro e intercambio de pareceres entre el Gobierno y los interlocutores sociales. Una segunda fase de intervención directa del Gobierno, mediante la aprobación de un decreto-ley que habitualmente ha recibido la denominación de «reforma del mercado de trabajo» (o reforma del «mercado laboral») y que formalmente se ampara en la cláusula constitucional que habilita al poder ejecutivo para la aprobación de ese tipo de normas de rango legal en situaciones de «extraordinaria y urgente necesidad». Y una tercera fase de tramitación parlamentaria del texto de dicho decreto-ley, reconvertido ya en «proyecto de ley», durante la que normalmente se añaden nuevas previsiones al texto inicial o se retocan algunas de las cláusulas aprobadas en primera instancia por el Gobierno. En hipótesis, tal procedimiento de reforma laboral puede ser positivo, pues permite tener en cuenta las peticiones de trabajadores y empresarios, permite poner en marcha la reforma con relativa anticipación y rapidez, y permite, llegado el caso, rectificar en sede parlamentaria eventuales deficiencias del texto inicial. Pero la experiencia demuestra que es un procedimiento poco eficaz, en parte porque el proceso de consulta y negociación con los agentes sociales suele servir ante todo para hacer visibles las discrepancias existentes y suele desembocar en situaciones de divergencia y tensión (que en más de un caso han conducido a la convocatoria de «huelga general»), y en otra buena parte porque la modificación por vía parlamentaria del texto legal aprobado previamente por el Gobierno produce una reforma «en cascada» de los textos legales afectados que es contraria a los valores de certidumbre y seguridad jurídicas, que puede crear confusión entre los destinatarios (las empresas, principalmente), y que inevitablemente genera la sensación de precariedad e inestabilidad legislativa.

4. LA REFORMA LABORAL DE 2012

De momento, el último paso en el proceso de reformas laborales en España corresponde a la reforma del año 2012, iniciada mediante un decreto-ley de febrero de ese año (que fue precedido de un periodo de diálogo social anormalmente corto y expeditivo), y culminada con una ley aprobada en el Parlamento español en el mes de julio. Por supuesto, la reforma laboral aprobada en España en el año 2012 tiene bastantes puntos de contacto con reformas anteriores, aunque también presenta alguna nota distintiva; cabe decir, en esencia, que la

reforma de 2012 se sitúa en la línea habitual de la reforma laboral española (iniciada en el año 1984 y plenamente asentada en el año 1994), aunque en muchos aspectos entraña una toma de posición mucho más contundente y decidida, tratando de poner cierre, al menos momentáneo, a muchas de las cuestiones que durante todos esos años han sido objeto de tratamiento pero que, de algún modo, seguían estando pendientes de resolución definitiva⁽²⁴⁾. Como la mayor parte de sus precedentes, esta nueva reforma laboral española busca su justificación en la situación de crisis económica y en sus consecuencias directas en el mercado de trabajo, con el previsible resultado de destrucción continuada de empleo y el consiguiente impacto en la población trabajadora, especialmente en determinados grupos de demandantes de empleo. La reforma apela, como otras veces, a las especiales dificultades de colocación de jóvenes y desempleados de larga duración, y hace también referencia al alto grado de precariedad del empleo en España, por la abundancia relativa de los contratos temporales. Por ello, apuesta formalmente por un mercado de trabajo que genere no sólo mayores posibilidades de empleo sino también empleos con carácter más estable o duradero; podría decirse que la reforma apuesta tanto por el incremento del empleo como por la mejora de la «calidad» del empleo, aunque, como también ha sucedido con anteriores reformas, no constituye exactamente una operación de política de empleo destinada a la creación de puestos de trabajo (operación, por cierto, difícil de articular y de ejecutar con el solo concurso de los poderes públicos), sino más bien una operación flexibilizadora de las normas relativas al contrato de trabajo para hacerlas más acordes con las necesidades de la empresa y, de esa manera, elevar la tasa de actividad y eliminar posibles barreras a la contratación de trabajadores. El razonamiento es ya conocido: un sistema eficiente desde el punto de vista de la empresa será capaz de generar riqueza y, por consiguiente, de crear puestos de trabajo e incrementar las oportunidades de empleo.

En el plano de las ideas inspiradoras o de sus fuentes de influencia, la reforma laboral de 2012 vuelve a inscribirse en la conocida senda de la «flexiseguridad», entendida como una técnica de regulación que aspira a combinar un adecuado grado de «flexibilidad» a favor de las empresas, con vistas a una mejor gestión de sus recursos humanos, con suficientes dosis de «seguridad» para los trabajadores, entendida cuando sea posible como estabilidad en el empleo pero también entendida como atención y cuidado constante de la trayectoria profesional y vital de quienes necesitan trabajar para vivir, ya sea mediante programas y medidas de formación continua, ya sea mediante la cobertura económica de las situaciones de desempleo⁽²⁵⁾. Situada en esta línea de acción, la reforma laboral de 2012 busca particularmente un razonable equilibrio en los dos planos en los que en definitiva se mueve la actividad económica y productiva: el plano interno de la empresa, en el que el legislador trata de impulsar la «flexibilidad interna» como posible antídoto de la

(24) Vid. A. MONTOYA MELGAR, «La reforma laboral de 2012: los fines y los medios», en AA.VV. (dir. A. MONTOYA MELGAR y J. GARCÍA MURCIA), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas, Pamplona, 2012, pp. 9-19. La bibliografía sobre esta última operación de reforma laboral es particularmente abundante: entre los primeros comentarios generales puede consultarse el de I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, *Reforma Laboral 2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, y entre los numerosos monográficos de las revistas especializadas los de *Temas Laborales* (núm. 115 de 2012), *Revista de Derecho Social* (núm. 57 de 2012), y *Relaciones Laborales* (números 23/24 de 2012).

(25) Vid. J. GARCÍA MURCIA, «El Libro Verde europeo sobre el Derecho Laboral», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 126, núm. 1/2 de 2007.

«flexibilidad externa» (en el entendimiento de que una gestión más eficaz de los recursos humanos puede evitar decisiones de despido), y el plano general del mercado de trabajo, respecto del que el legislador presupone que un aligeramiento de ciertos valores otrora intocables (como los de «estabilidad», «inamovilidad» e «irregresividad») puede redundar en una actitud empresarial más favorable a la contratación de nuevos trabajadores y en una relación más equilibrada entre los empleados «de siempre» y los nuevos demandantes de empleo. La finalidad última de tal operación no es otra, al decir de sus promotores, que ir rompiendo la llamada «segmentación del mercado de trabajo», es decir, ir acabando con las barreras existentes entre los viejos ámbitos de trabajo, altamente protegidos, y los nuevos actos de empleo, que suelen celebrarse en condiciones mucho más precarias.

La reforma laboral de 2012 ha afectado a grandes parcelas de la legislación laboral española. Ha actuado en primer término en el terreno que se viene conociendo como «flexibilidad de entrada», en el que introduce tres grandes novedades. De un lado, abre la posibilidad de que las empresas de trabajo temporal (cuya actividad típica es la contratación de trabajadores para cederlos a otra empresa) realicen también funciones de agencias de colocación (esto es, labores de encuentro entre quienes buscan un empleo y quienes ofertan empleo). De otro, ha impulsado una vez más los contratos de formación y aprendizaje, que siempre se han reservado en el sistema español para jóvenes carentes de especial cualificación y que ahora quieren conectarse en mayor medida a la trayectoria del sistema educativo, mediante técnicas de conjugación de formación y trabajo. De otro, en fin, ha puesto en marcha una nueva modalidad de contrato de trabajo que denomina «de apoyo a los emprendedores», que puede ser utilizado por las empresas de menos de cincuenta trabajadores y que proporciona dos grandes ventajas al empresario contratante: por una parte, y con carácter general, cuenta con un periodo de prueba de un año, de modo que durante todo ese periodo el empleador está habilitado para poner fin al contrato sin necesidad de aducir causa específica ni de abonar indemnización alguna; por otra parte, va acompañado de importantes incentivos económicos (en forma de reducción de cuotas de seguridad social y de desgravaciones fiscales) cuando se celebra o bien con menores de treinta años (para favorecer el empleo juvenil). Algunos de estos incentivos también se aplican a los actos de contratación de mayores de cuarenta y cinco años, y pueden ir acompañados de otras ventajas económicas en caso de contratación de desempleados perceptores de prestación de desempleo, que en tal hipótesis pueden compatibilizarse, en determinadas condiciones, con el salario.

La reforma laboral de 2012 también se inclina por la ampliación de los márgenes de flexibilidad interna en las empresas. En este sentido, la reforma laboral de 2012 ha dado continuidad a una línea de regulación que procede de reformas anteriores, pero, al mismo tiempo, ha introducido grandes novedades respecto de la situación precedente. En primer lugar, amplía las posibilidades empresariales de asignación de nuevas funciones a sus trabajadores, tanto de nivel superior como de nivel inferior, lo cual va acompañado de un abandono definitivo del viejo molde de la «categoría profesional» (válido para sistemas de producción ya en trance de desaparición) a favor del molde más moderno y flexible del «grupo profesional» (que aporta a la empresa mayores posibilidades de asignación de funciones, pero que también abre para el trabajador mayores expectativas de mejora profesional). En segundo lugar, configura de una forma mucho más potente y flexible el poder empresarial de introducir modificaciones en las condiciones de trabajo (jornada, horario, régimen de trabajo, sistema de remuneración, etc.), pues tan sólo exige que existan razones

relacionadas con la competitividad, la productividad o la organización del trabajo en la empresa. En tercer lugar, incluye expresamente la «cuantía salarial» entre las condiciones de trabajo que pueden ser objeto de modificación por iniciativa empresarial cuando concurren tales causas, de modo que el empresario puede decidir unilateralmente la reducción del salario sin otra posibilidad para el trabajador que o bien seguir trabajando con el nuevo salario o bien rescindir su contrato de trabajo con una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, sin perjuicio de la impugnación judicial de la decisión empresarial para que el juez examine su justificación causal. Quede claro, de todos modos, que este procedimiento de modificación de condiciones de trabajo por iniciativa empresarial no puede afectar a condiciones establecidas o reguladas por convenio colectivo («estatutario»), que sólo pueden modificarse mediante un acuerdo (de inaplicación o «descuelgue») entre el empresario y los representantes de los trabajadores.

Como no podía ser menos, el tercer plano normativo que ha quedado afectado por la reforma laboral de 2012 es el relativo a la extinción del contrato de trabajo. En términos generales puede decirse que la reforma de 2012 aporta mayor «flexibilidad externa» al ordenamiento laboral español, en la medida en que facilita la toma de decisiones de despido por parte del empresario; dijimos anteriormente que se facilita la «flexibilidad interna» para tratar de evitar la salida del trabajador de la empresa, pero también ha de decirse ahora que la reforma de 2012 da pasos muy significativos en este otro terreno de la terminación del contrato de trabajo, al introducirse nuevas dosis de flexibilización respecto de las decisiones de despido. Una medida que de forma muy clara se sitúa en esa línea es la que entraña una reducción de los costes del despido «improcedente» (despido injustificado o carente de causa), que son de dos tipos: la reducción de la indemnización de despido de 45 días por año de servicio a 33 días de salario por año de servicio (con la reducción del anterior máximo de 42 mensualidades al actual máximo de 24 mensualidades), y la generalizada supresión de la obligación empresarial de abonar «salarios de tramitación» en caso de despido improcedente (salarios correspondientes al tiempo de tramitación procesal de la acción judicial de despido), que sólo pervive para casos muy concretos (readmisión del trabajador o despido de representantes de trabajadores). Otra medida de claro tono flexibilizador, y de especial interés, ha sido la eliminación de la autorización administrativa para los despidos colectivos, que regía en el sistema español desde los años treinta del siglo xx y respecto de cuya oportunidad se venía discutiendo desde la incorporación de España a la Unión Europea. Con la reforma laboral de 2012 se sustituye por un mero deber de comunicación del despido a la autoridad laboral, que mantiene en todo caso antiguas competencias de seguimiento y control y que ahora ve incrementadas sus funciones de asistencia y asesoramiento, muy importantes con toda seguridad para la puesta en marcha de «medidas de acompañamiento» a favor de los trabajadores afectados. La eliminación de aquella autorización administrativa afecta, por cierto, a otras medidas empresariales que pueden jugar como alternativa al despido colectivo y que pueden adscribirse sin dificultad al ámbito de la «flexibilidad interna»: se trata de la reducción temporal de jornada y la suspensión de los contratos de trabajo por causas inherentes a la empresa, cuyo uso ha querido impulsar el legislador español desde la reforma laboral de 2010 y cuya regulación ha sido también objeto de retoques con la reforma de 2012.

La reforma laboral de 2012 ha vuelto a suponer, por lo demás, una nueva vuelta sobre las normas legales reguladoras de la actividad de negociación colectiva, profundamente

retocadas en la reforma de 2011 y objeto de reconsideración, asimismo, prácticamente en todas las reformas anteriores, particularmente en la de 1994. Como en otras ocasiones, la reforma laboral de 2012 ha querido reconstruir la regulación legal de la negociación colectiva para hacerla más flexible y, en especial, para que ofrezca mayores posibilidades de revisión de los convenios y acuerdos colectivos y permita una mejor adaptación de la regulación pactada a las necesidades de la empresa. Flexibilidad y descentralización de la negociación colectiva son los grandes objetivos de la reforma laboral española desde hace tiempo. Para ello, la reforma laboral de 2012 ha profundizado en algunas líneas de regulación que ya estaban presentes en las reformas de 2010 y 2011, entre las que vale la pena destacar las siguientes: la preferencia del convenio colectivo de empresa respecto de los convenios colectivos de ámbito superior en la regulación de determinadas materias (salario, clasificación profesional, horario, etc.), la posibilidad de celebrar un acuerdo en el ámbito de la empresa para modificar o dejar de aplicar las condiciones de trabajo reguladas en convenio colectivo (particularmente las condiciones de contenido económico o salarial), y la pérdida de vigencia del convenio colectivo al transcurso del plazo de un año desde su denuncia salvo pacto en contrario (regla que quiere acabar con el tradicional efecto de «ultraactividad» del convenio y que a la postre trata de acelerar la renovación temporal de las convenciones colectivas)⁽²⁶⁾.

5. OTRAS LÍNEAS DE EVOLUCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN ESPAÑA

Las transformaciones recientes del Derecho del Trabajo en España no pueden entenderse tan sólo desde la óptica de la flexibilidad. Ni las operaciones de reforma laboral limitan sus esfuerzos a la consecución de dicho objetivo, ni todos los cambios legales efectuados en el ordenamiento laboral español en los últimos años se han producido en el contexto de las denominadas «reformas laborales»⁽²⁷⁾. Por lo pronto, todas las leyes que han abordado operaciones de reforma laboral han incluido también, en mayor o menor número, reglas

(26) Vid., entre otros, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y F. VALDÉS DAL-RÉ (dir.), *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2012.

(27) Para una valoración completa de la experiencia acumulada en los últimos lustros también habría que hacerse cargo de las líneas de evolución de la negociación colectiva y, en particular, del papel de la negociación «interconfederal» en la ordenación y funcionamiento del conjunto del sistema. Dijimos con anterioridad que uno de los rasgos característicos del ordenamiento laboral español radica en su naturaleza eminentemente «legal», esto es, en el protagonismo asumido tradicionalmente por el legislador tanto en la configuración de las instituciones como en la creación de los correspondientes mandatos normativos. Pero la entrada en escena de la Constitución de 1978 y el reconocimiento pleno de la autonomía colectiva ensancharon el espacio de juego de los denominados «agentes sociales» (nombre que se suele dar a las organizaciones más representativas de trabajadores y empresarios), que desde entonces han tenido una presencia bastante destacada tanto en la planificación y preparación de las normas laborales (a través de la concertación o diálogo social) como en la ordenación general de la actividad de negociación colectiva (mediante acuerdos interprofesionales). Las operaciones de reforma laboral se han iniciado generalmente con procesos de diálogo social, que en numerosas ocasiones no han fructificado, aun cuando se hayan compartido algunas premisas o determinadas propuestas, pero que por lo general han permitido a los agentes sociales aportar cauces complementarios de regulación, dirigidos sobre todo al establecimiento de directrices o criterios de ordenación de la actividad de negociación colectiva. Sobre ese tipo de experiencias en relación con la reforma laboral de 2012, J. GARCÍA MURCIA, «Una reforma laboral paralela: los acuerdos interprofesionales del año 2012», *RMESS*, núm. 100 (2012), pp. 299 ss.

que responden a otra clase de preocupaciones o que se inspiran en otro tipo de ideas y orientaciones. La reforma laboral del año 2012, por ejemplo, incrementa los derechos de formación del trabajador en el seno de su relación laboral (mediante la concesión al trabajador de un «crédito horario» de formación acumulable hasta por periodos de cinco años), y también precisa el ejercicio de algunos derechos clásicos en situaciones particulares, como es el caso de las condiciones de disfrute de las vacaciones anuales en los supuestos de incapacidad temporal del trabajador (con la incorporación de los nuevos criterios interpretativos de la jurisprudencia comunitaria). Algo similar podría decirse de cualesquiera otra operación española de reforma laboral, en el sentido de que el legislador siempre ha tratado de conjugar las medidas flexibilizadoras (aparentemente más beneficiosas para la empresa) con algunos progresos en los derechos laborales o con algunas compensaciones en el plano de la «protección» (para situarse, en la medida de lo posible, en la hipótesis de combinación de flexibilidad con «seguridad»). La afirmación del principio de igualdad para trabajadores temporales y trabajadores a tiempo parcial en relación con los trabajadores de carácter indefinido y a tiempo completo, o la incorporación a la regulación laboral correspondiente de un tiempo máximo para las situaciones de temporalidad en la empresa a partir del cual el trabajador pasa a tener la condición de trabajador indefinido, son manifestaciones significativas de esa tendencia, perceptibles en muchas leyes de reforma. La introducción sucesiva de nuevos derechos de información a favor de los representantes de los trabajadores, que generalmente se ha producido al hilo de otras reformas legales de sentido flexibilizador, es otro ejemplo de esa corriente de signo más protector o de fines «compensadores».

Las reformas laborales, por otra parte, suelen tener por objeto la programación de nuevas medidas de política de empleo, especialmente en el terreno de lo que se viene conociendo como «política activa», que remite sobre todo a los programas de formación profesional y las medidas de fomento del empleo⁽²⁸⁾. Es evidente, por ejemplo, que la puesta en marcha de nuevas modalidades de contratación laboral con un régimen singular más atractivo para la empresa, que constituye una constante de las reformas laborales en España, no constituye en exclusiva una medida de flexibilización de las condiciones de ejecución del contrato de trabajo; debe contemplarse también como una fórmula de fomento del empleo dirigida a los grupos de población con mayores dificultades de colocación, principalmente de los jóvenes y de los desempleados de larga duración. Además de esa actuación, la más típica seguramente, las reformas laborales suelen incentivar la contratación de trabajadores mediante la concesión de bonificaciones en las cuotas de seguridad social o desgravaciones en los correspondientes impuestos, ya sea para los

(28) En el terreno específico de la formación profesional las reformas laborales suelen aportar grandes declaraciones y numerosas propuestas de actuación, aunque los cambios efectivos se remitan a la postre a una tarea normativa de desarrollo o de segundo nivel, muchas veces con la pretensión de incorporar a esta a los agentes sociales. La reforma laboral de 2012, en todo caso, dio dos pasos interesantes en ese sentido, pendientes de todas formas de una instrumentación jurídica más acabada, ya sea mediante la negociación colectiva, ya sea mediante la propia potestad reglamentaria. Uno de ellos fue la incorporación expresa a la tabla de derechos laborales de un «permiso retribuido de veinte horas anuales... acumulables por un periodo de hasta cinco años» (art. 23.3 ET), conectado de algún modo a la puesta en marcha de nuevos instrumentos de cómputo y acreditación como la «cuenta formación» o el «cheque formación», pendientes aún de articulación (DDFF 2.ª y 3.ª Ley 3/2012). El otro ha consistido en la implantación formal de un sistema de «formación profesional dual» (RD 1529/2012, de 8 de noviembre) con el que se pretende abrir un mayor espacio de colaboración entre las instituciones académicas y las organizaciones productivas.

actos de nueva contratación, temporal o indefinida, ya sea para las decisiones de transformación de contratos temporales en contratos indefinidos. La reforma laboral de 2012, concretamente, prevé reducciones en las cuotas de seguridad social para los contratos de formación y aprendizaje, concede bonificaciones en dichas cuotas a las empresas que decidan la transformación de contratos en prácticas en contratos indefinidos y adopta algunas medidas encaminadas a facilitar el mantenimiento del empleo de los trabajadores mayores de cincuenta años, así como la continuidad de los contratos de trabajo tras el cumplimiento por el trabajador de la edad ordinaria de jubilación (pese a que también entraña un primer paso en la revisión o replanteamiento de los programas de «bonificación» con fines de empleo)⁽²⁹⁾.

Conviene decir, en tercer lugar, que la adaptación progresiva del Derecho del Trabajo en España desde la puesta en marcha del actual régimen constitucional (en los años finales de la década de los setenta del siglo XX) no sólo se ha efectuado mediante leyes de reforma laboral. También se han aprobado otras muchas disposiciones legales de ampliación o enriquecimiento del catálogo de derechos laborales⁽³⁰⁾. En el año 1999 fue aprobada una ley destinada a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar mediante la ampliación de los permisos que pueden disfrutar los trabajadores para el cuidado de familiares. Esa línea de regulación fue intensificada en el año 2007 mediante una ley de igualdad entre mujeres y hombres que también introdujo mejoras en la formulación y el ejercicio de determinados derechos laborales conectados con la compaginación de familia y trabajo y que, sobre todo, plasmó de una manera más precisa y detallada el alcance del principio de no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento español. Con esta última orientación, en el año 2003 fueron aprobadas normas de transposición de las directivas comunitarias sobre igualdad y no discriminación por razón de edad, discapacidad, origen racial y étnico, religión, convicciones personales y orientación sexual. En el año 2007 se procedió a una importante reordenación de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores. Todo ello quiere decir que también existen razones de peso para hablar de avances del Derecho del Trabajo en su sentido más genuino, esto es, en el plano de la protección de la persona del trabajador y de sus intereses profesionales. Más que de retrocesos habría que hablar, seguramente, de profundos cambios de orientación en un tipo de legislación que nació con una dirección muy marcada y que con el paso del tiempo ha tratado de actuar, sin apartarse por completo de su línea tradicional, con otros resortes y otros objetivos.

(29) La DA 15.ª de la Ley 3/2012 encarga al Gobierno la elaboración de una memoria anual sobre el gasto y los resultados de la política activa de empleo con el fin de evaluar y garantizar su eficacia y eficiencia. En todo caso, la previsión legal más directa de replanteamiento de las medidas de bonificación pertenece al RDL 20/2012, de 13 de julio (DT 6.ª, modificada por Ley 13/2012). Una operación singular de revisión ha afectado, por cierto, a las reglas legales de habilitación a los convenios colectivos para el establecimiento de cláusulas sobre extinción forzosa del contrato de trabajo por razón de edad, objeto de un interesante proceso de reformulación y cambio que de momento tiene su última expresión en la DF 4.ª de la Ley 3/2012 (que da una nueva redacción, de sentido restrictivo, a la DA 10.ª ET).

(30) Sobre algunas de estas líneas de evolución, M.A. CASTRO ARGÜELLES y D. ÁLVAREZ ALONSO, *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Civitas, Pamplona, 2007; F. VALDÉS DAL-RÉ y B. QUINTANILLA NAVARRO (dir.), *Igualdad de género y relaciones laborales*, MTIN/Fundación Largo Caballero, Madrid, 2008, y E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *Mujer, trabajo y seguridad social*, La Ley, Madrid, 2010.

Una particular línea de evolución del Derecho del Trabajo en España se ha abierto paso, por lo demás, en los dominios del empleo público. Si durante mucho tiempo pudo notarse un decidido empeño por parte del legislador de extender el radio de acción de la legislación laboral «común» al ámbito del empleo público, tratando de influir incluso en la regulación de la relación de trabajo de la función pública, hoy en día tal vez haya que decir que la actividad legislativa se inclina más bien por la elaboración de normas especializadas para dicho ámbito, más alejadas del tronco común de la legislación laboral y más apegadas a las pautas de regulación típicas en el sector de los funcionarios públicos, como se ha podido comprobar últimamente en los terrenos específicos de la organización del trabajo y de la negociación colectiva⁽³¹⁾. Probablemente no carezca de sentido este proceso de aproximación entre el empleo público de régimen «laboral» y el empleo público de régimen administrativo, una vez que se ha comprobado que, además de su pertenencia a un mismo tipo de «empresa», ambas vías de prestación de servicios en la Administración pública comparten muchos de los resortes y presupuestos de los que depende, a fin de cuentas, el alcance material o el sentido que pueda atribuirse a su respectiva regulación. Como la experiencia de los últimos tiempos ha puesto de relieve, la regulación de ambos tipos de trabajo ha de abordarse, singularmente, bajo la premisa común de las disponibilidades financieras del sector público y, en consecuencia, atendiendo de manera muy estrecha a la capacidad real de gasto o de compromiso de gasto que en cada momento puedan desplegar los poderes públicos.

(31) El ejemplo más claro de esa nueva tendencia está representado sin duda por el RDL 20/2012, de 13 de julio, dirigido a «garantizar la estabilidad presupuestaria». *Vid.* J. GARCÍA MURCIA, «Un suplemento a la reforma laboral de 2012: el Real Decreto-ley 20/2012 de estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad», en *Comentario a la reforma laboral de 2012*, cit., pp. 487 ss.

MARCO PRESUPUESTARIO EN TIEMPOS DE CRISIS EN EL ÁMBITO DE SEGURIDAD SOCIAL: LAS LEYES 2/2012 Y 17/2012

BORJA SUÁREZ CORUJO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

**Marco presupuestario en tiempos de crisis
en el ámbito de Seguridad Social:
las leyes 2/2012 y 17/2012**

Estudio que analiza las novedades en materia de Seguridad Social y otros aspectos de protección social contenidas en la Ley 17/2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, como continuación a la tardía ley de Presupuestos Generales del Estado para año 2012 y el posterior Real Decreto-ley 20/2012, de medidas para la estabilidad presupuestaria. Unos presupuestos aprobados tras la consagración constitucional del principio de estabilidad presupuestaria de las administraciones públicas.

Palabras clave: Seguridad Social, Ley de presupuestos, revalorización de pensiones, cotización.

ABSTRACT

**Budgetary framework in times of crisis
in the field of Social Security:
Law 2/2012 and 17/2012**

Study that analyzes the developments in Social Security and other aspects of social protection in the Law 17/2012 on the General State Budget for 2013, following the law of late General State Budget for 2012 and the subsequent Royal Decree-Law 20/2012 on measures to budgetary stability. Approved budgets after the constitutional principle of budgetary stability of public administrations.

Keywords: Social Security, Budget Law, revaluation of pensions, social security contribution.

Fecha de recepción: 4/1/2013.

Fecha de aceptación: 4/1/2013.

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES GENERALES.
2. ANÁLISIS DEL ARTICULADO.
 - A) **Pensiones públicas.**
 - a) El incremento, pero no revalorización, de las pensiones: el perjuicio detrás del cambio terminológico.
 - b) Las prestaciones que no se incrementan.
 - c) El incremento de otras cuantías de referencia.
 - d) Limitaciones en el señalamiento inicial de las pensiones.

B) Cotizaciones sociales.

- a) Los topes máximo y mínimo de las bases de cotización a la Seguridad Social.
- b) La cotización por contingencias comunes y profesionales en los distintos regímenes de la Seguridad Social.

C) Otras medidas regresivas en materia de protección social.

- a) El aplazamiento (¿supresión?) de mejoras de las prestaciones sociales legalmente previstas.
- b) El (pen)último paso hacia el vaciamiento de la protección por dependencia.
- c) La desaparición del programa «PREPARA».

3. EL DESFASADO PRESUPUESTO DE SEGURIDAD SOCIAL: UNA BREVE REFERENCIA.

«—Noi non siamo cristiani, essi dicono.
—Cristo si è fermato a Eboli.
Cristiano vuol dire, nel loro linguaggio, uomo».
Carlo Levi, *Cristo si è fermato a Eboli*

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La imposibilidad de tramitar y aprobar en los plazos ordinarios la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 como consecuencia de la convocatoria de elecciones generales anticipadas dio lugar, *ex artículo 134.4 CE y ex artículo 38 de la Ley General Presupuestaria*⁽¹⁾, a la prórroga de los presupuestos del ejercicio de 2011. El nuevo Gobierno del Partido Popular salido de las urnas aprobó el *Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público*, con el fin de corregir disfuncionalidades derivadas de esa prórroga automática e impulsar las primeras medidas de una política orientada fundamentalmente a la reducción del déficit público que habría de concretarse, tal como anunciaba el Preámbulo de la citada norma, en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012.

Pese a la urgencia por contar con un nuevo marco presupuestario dado el contexto de gravísima crisis económica, el citado Proyecto de Ley no fue aprobado por el Gobierno hasta el 30 de marzo, mientras que la culminación de su tramitación parlamentaria no tuvo lugar hasta el final del primer semestre del año. Sin entrar a valorar si esta anomalía era o no evitable —seguramente la demora no se debió sólo a causas técnicas—, lo cierto es que el deterioro de la situación económica de nuestro país provocó que el contenido de la *Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012* [en adelante, LPGE 2012] se viera desbordado por las decisiones adoptadas por el Gobierno y cuya manifestación más clara y contundente —sin olvidar otras muy relevantes por su

(1) Ley 47/2003, de 26 de noviembre.

gravedad⁽²⁾— fue la aprobación del devastador *Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad*.

La «anomalía» presupuestaria de 2012 tuvo una nueva manifestación en el hecho de que tan sólo tres meses después de la aprobación de la LPGE 2012 el Gobierno remitió a las Cortes Generales el Proyecto de Ley de Presupuestos para el ejercicio siguiente, que finalmente se convertirá en la *Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013* [en adelante LPGE 2013], objeto principal de este comentario.

Antes de analizar pormenorizadamente el contenido de las novedades más destacadas en materia de Seguridad Social y de otros aspectos de protección social contenidas en la LPGE 2013, cabe advertir la amplia coincidencia de su contenido respecto de lo previsto en la LPGE 2012 —salvo en una materia tan señalada como la «revalorización» de pensiones—, a la que por esta razón se harán múltiples referencias. En concreto, esos aspectos en común pueden reconducirse a tres grandes planos.

Por lo que se refiere al articulado, se aprecia un fuerte componente continuista en el contenido de la Ley 17/2012 respecto de la regulación vigente desde el 1 de enero de ese año. En este sentido, más allá de las habituales coincidencias con las normas presupuestarias de ejercicios anteriores, resultan decisivas las previsiones contenidas en el Decreto-ley 20/2011, cuyo contenido se respeta casi en su integridad⁽³⁾.

En cuanto a las cifras correspondientes a las partidas de protección social —a estos efectos, Seguridad Social y prestaciones por desempleo—, ya en el momento de presentación de los Presupuestos para 2012 era evidente su excesiva «benevolencia»; una apreciación que el paso de los meses se ha encargado de reforzar. Lo grave es que la misma valoración merecen en este punto los Presupuestos para 2013: como veremos, nos encontramos ante la crónica de una desviación anunciada.

Por último, debe tenerse presente que, como recuerdan los respectivos Preámbulos de ambas Leyes (LPGE 2012 y 2013), se trata de los primeros Presupuestos aprobados tras la reforma del artículo 135 CE⁽⁴⁾ y la consagración constitucional del principio de estabilidad presupuestaria para todas las Administraciones Públicas⁽⁵⁾. Aunque la gravedad de la crisis económica sitúa en segundo plano esta cuestión, debemos ser conscientes —y, a mi juicio, lamentarnos— de la trascendencia sombría que este nuevo marco más restrictivo ha de tener en el futuro.

(2) Señaladamente: *Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo*, y *Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*.

(3) Véase: SUÁREZ CORUJO, B. «Aspectos (in)sociales del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 28, 2012.

(4) La LPGE 2013 es, además, la primera tras la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

(5) En torno a la modificación constitucional: EMBID IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012; RUBIO LLORENTE, F., «Constituciones nacionales e integración europea», *Claves de Razón Práctica*, núm. 217, 2011, pp. 4 ss.; TAJADURA TEJADA, J., «Reforma constitucional e integración europea», *Claves de Razón Práctica*, núm. 217, 2011, pp. 20 ss.

2. ANÁLISIS DEL ARTICULADO

El análisis del articulado puede ser estructurado en tres grandes bloques: el primero corresponde fundamentalmente al Título IV de la Ley, relativo a las pensiones públicas; el segundo al Título VIII, sobre las cotizaciones sociales; y, en fin, el tercero reúne un conjunto de previsiones —casi sin excepción, recortes sociales—, dispersos entre las disposiciones adicionales y finales de la LPGE 2013. Como advertencia previa, hay que hacer notar que el examen se centra fundamentalmente en destacar los cambios más relevantes introducidos por esta norma —o, en su caso, anticipados por la LPGE 2012— en estas materias; analizar todo su contenido desborda la pretensión de un trabajo de estas características.

A) Pensiones públicas

El Título IV (artículos 39 a 49) de la LPGE 2013 se divide en seis Capítulos. En general, se mantiene la regulación vigente desde el 1 de enero de 2012 como consecuencia de la aplicación del ya citado RDL 20/2011, primero, y de la LPGE 2012, después⁽⁶⁾. Pero, en realidad, los cambios que se introducen en esta materia son más profundos, con la particularidad de que debe acudir a una sede legal distinta. Primero, es decisivo el *Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social*, que supone la suspensión —previsiblemente, la supresión— del mecanismo de revalorización de pensiones contemplado en el artículo 48 LGSS y que precisa los criterios —alternativos— para el incremento de pensiones en 2013. Y, segundo, el *Real Decreto-ley 29/2012, de 28 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*, que viene a solventar la «contradicción» existente entre esta última norma y la LPGE 2013 en relación con esta última cuestión⁽⁷⁾. A efectos expositivos, cabe ordenar el contenido del Título IV del siguiente modo.

a) *El incremento, pero no revalorización, de las pensiones: el perjuicio detrás del cambio terminológico*

El punto de partida debe ser lógicamente el artículo 39 LPGE 2013, según el cual, «(l)as pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social [también las de Clases Pasivas que, por razones expositivas, dejamos a un lado] experimentarán en 2013 con carácter general un incremento del 1 por ciento». Lo cierto es que para entender las implicaciones de esta en apariencia aséptica previsión es conveniente echar la vista atrás para recordar lo establecido por la LPGE 2012, y resulta necesario analizar —siquiera sintéticamente— el contenido de los citados RDL 28/2012 y 29/2012.

(6) Véanse los artículos 39 a 48, estructurados en ese caso en cinco capítulos.

(7) El incremento de las pensiones inferiores a 1.000 euros mensuales en un 2% previsto por el RDL 28/2012 no tenía reflejo en la LPGE 2013, con el problema de que la aprobación posterior de esta última suponía la derogación de ese incremento adicional. El despropósito ha tenido que ser corregido por el RDL 29/2012, que se promulga el día antes de la entrada en vigor de la LPGE 2013. ¿Cabe mayor improvisación?

Comenzando por la LPGE 2012 —vigente, recuérdese, desde el 1 de julio de 2012—, su artículo 42. Uno preveía el mantenimiento de la revalorización de las pensiones del nivel contributivo de la Seguridad Social en un 1% que ya venía aplicándose desde el 1 de enero en virtud del artículo 5 del RDL 20/2011. Pero lo más destacado, a efectos de esta exposición, era el reconocimiento explícito de que tal incremento se producía «... de conformidad con el artículo 48 LGSS...», es decir, dando cumplimiento al mandato allí recogido, lo que implícitamente incluía también la compensación de la —ya entonces más que previsible— desviación de esa cifra respecto de la evolución del IPC desde noviembre de 2011 al mismo mes de 2012.

Esa vuelta a la «normalidad» —la aplicación del artículo 48 LGSS se había producido de forma ininterrumpida desde 1997 con la única excepción de 2011— debía ser celebrada. En este sentido, el Gobierno del PP parecía haber sabido explotar con habilidad el error estratégico cometido por el PSOE al no revalorizar las pensiones contributivas —excluidas las mínimas— en 2011.

Sin embargo, el RDL 28/2012 ha dejado sin efecto el mecanismo de revalorización del artículo 48 LGSS en un doble sentido.

Por una parte, no se aplica la actualización de las pensiones contributivas prevista en el apartado 1.2 del citado artículo 48 LGSS, el cual exige la compensación de la desviación del IPC —tomando su cuantía en noviembre del ejercicio corriente sobre el mismo mes del año anterior— respecto de la subida inicial (*vid.* artículo 2.1 RDL 28/2012). En este caso, dado que el dato de inflación de noviembre de 2012 era del 2,9% y que a principio de ese año la subida de las pensiones fue del 1%, esa diferencia —que habría sido abonada en un pago único antes del 1 de abril, según la LGSS— ha ascendido a un 1,9%. Tal es, por tanto, la pérdida de poder adquisitivo sufrida por los pensionistas —todos ellos, incluidos los perceptores de pensiones mínimas— en 2012. Ello sin contar que, además, esa cantidad debería haberse consolidado en la cuantía de la pensión en 2013, un segundo perjuicio para todos los pensionistas.

Por otra parte, de una forma un tanto retorcida se establece la suspensión en 2013 de la aplicación del mecanismo de revalorización del artículo 48 LGSS. Para empezar el artículo 2.2 RDL 28/2012 sólo se refiere al apartado 1.1 del artículo 48 LGSS: no habrá, pues, revalorización inicial según la previsión de inflación para el ejercicio 2013. Ahora bien, como se ha dicho, ello no significa que se congele la cuantía de las pensiones: de conformidad (parcial) con lo establecido por el artículo 39 LPGE 2013, el artículo 5.1 RDL 29/2012 prevé un incremento «general» del 1%, al que hay que añadir un 1% adicional (2% en total) cuando se trate de pensiones cuya cuantía no supere los 1.000 euros mensuales, o 14.000 euros anuales⁽⁸⁾, en línea con lo previamente contemplado por la Disposición Adicional 2.^a, segundo párrafo, del RDL 28/2012. Con los matices que luego se exponen, estos criterios se aplican a todas las pensiones, no sólo a las contributivas.

(8) Con el fin de evitar las distorsiones que pueden resultar de «... aplicar diferentes incrementos en cuantías de pensión muy próximas a 1.000 euros mensuales...», el mismo artículo 5.1 RDL 29/2012 contempla, en su párrafo tercero, una regla adicional: las pensiones comprendidas entre 1.000,01 euros mensuales (14.000,01 euros anuales) y 1.009,90 (14.138,60) se incrementarán en la cuantía necesaria para que la pensión resultante alcance el importe de 1.020 euros mensuales (14.280 euros anuales).

Por tanto, las pensiones se incrementan, pero no se «revalorizan», es decir, que no habrá en ningún caso obligación legal de compensar la desviación de inflación en el mes de noviembre de 2013: la suspensión del apartado 1.1 del artículo 48 LGSS deja sin efecto el mecanismo complementario de actualización. Si tenemos en cuenta que en los quince últimos años —con la única excepción de 2009— el IPC se ha situado en noviembre siempre por encima del 2%, parece previsible que los pensionistas vuelvan a perder poder adquisitivo en 2013 (tercer perjuicio para este colectivo).

Sin entrar a valorar el comportamiento del Gobierno en relación con esta cuestión⁽⁹⁾, la medida resulta duramente criticable por, al menos, tres razones. En primer lugar, porque es injusta: todos los pensionistas, incluidos los perceptores de pensiones mínimas, sufren una pérdida de poder adquisitivo del 1,9% en 2012⁽¹⁰⁾ y de otro tanto en 2013, a la que habrá que añadir cada décima de desviación de la inflación interanual en noviembre que supere el 1% en las pensiones superiores a 1.000 euros mensuales o el 2% si es inferior a esa cuantía.

Téngase en cuenta, además, que esta previsión tan regresiva se une a la pérdida de renta disponible que ha sufrido este colectivo de pensionistas como consecuencia, por un lado, de la pérdida sufrida por dos tercios de las pensiones en 2011, y, por otro, de otras medidas directas correspondientes a 2012, entre las cuales pueden destacarse dos: la obligación de abonar el 10% de la prestación farmacéutica ambulatoria —que hasta el RDL 16/2012 era gratuita—⁽¹¹⁾ y, con un efecto más limitado, la subida del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas incluida en el RDL 20/2011 entre las medidas de carácter tributario⁽¹²⁾.

En segundo lugar, la decisión de suspender el mecanismo de compensación del artículo 48.1.2 LGSS, plasmada en un Decreto-ley que entra en vigor el 1 de diciembre —es decir, completado ya el ejercicio 2012 a efectos de pensiones—, es *torpe* desde un punto de vista jurídico, en la medida en que podría ser inconstitucional. La actualización de las pensiones por desviación de la inflación no es una mera expectativa, sino un derecho que al final del mes de noviembre ya se ha devengado conforme a lo que establece la Ley General de Seguridad Social. Por eso es razonable considerar que su inaplicación sobrevenida es, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, contraria a dos principios consagrados en el artículo 9.3 de nuestra Norma Fundamental: el de seguridad jurídica y el de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.

Y, en tercer lugar, no menos grave es que pueda calificarse la decisión de *falaz*. No sólo por las reafirmaciones sobre la voluntad del Gobierno de cumplir el mandato legal —¿quizá influidas por los procesos electorales celebrados en otoño?—, por el incumplimiento del programa electoral del partido que sostiene al Ejecutivo y de mandatos parlamentarios

(9) Apenas cuatro días antes de la aprobación del RDL 28/2012 el Gobierno, por boca de su Secretario de Estado de Seguridad Social, todavía defendía que había margen para compensar esta desviación.

(10) Así, el pensionista medio (833 euros mensuales) habrá perdido 222 euros sólo en 2012.

(11) Véase el artículo 94 bis.4.d) de la *Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios*, introducido por el mencionado *Real Decreto-ley 16/2012*.

(12) Disposición Final 2.ª del citado Decreto-ley, en virtud de la cual se incorpora una nueva Disposición Adicional 35.ª de la *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, en la que se establece un gravamen complementario a la cuota íntegra estatal para la reducción del déficit público en los ejercicios 2012 y 2013.

recientes. Sino, en particular, por la deliberada confusión con la que se aplica la medida: con tal de evitar el término «congelación» se opta por una fórmula que pretende ocultar que sólo en 2012 la pérdida de poder adquisitivo de todos los pensionistas ha sido mayor que la que experimentaron durante la pasada legislatura.

Expuestos los criterios generales para la aplicación del incremento de las cuantías en 2013, es necesario hacer algunas precisiones en función de la modalidad de pensiones de que se trate.

Comenzando por las pensiones mínimas del nivel contributivo, cabe reiterar que su cuantía se incrementa en un 2% —todas son inferiores a 1.000 euros mensuales—⁽¹³⁾. Es una subida claramente insuficiente, en especial cuando se repara en la pérdida de poder adquisitivo del 1,9% experimentada en 2012. Parece pues la confirmación —reforzada por la inquietante modificación del mecanismo de revalorización ya anunciada— de la quiebra definitiva, tras el giro de 2011, de una ambiciosa política de mejora de las pensiones mínimas que permitió desde 2004 y hasta el final de la pasada década importantes avances en términos de reducción de pobreza y de mejora del bienestar de este colectivo de pensionistas.

Pese a que la LPGE 2013 preveía inicialmente un incremento del 1%, el RDL 29/2012 —«inspirado» por el RDL 28/2012— también establece una subida del 2% de las pensiones no contributivas (artículo 48)⁽¹⁴⁾ y de las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, SOVI⁽¹⁵⁾ (artículo 49), sin olvidar algunas de las modalidades de prestaciones familiares (Disposición Adicional 28.ª)⁽¹⁶⁾. Con todo, algunas precisiones son pertinentes.

Para empezar hay que señalar que el mencionado incremento de las pensiones no contributivas, de jubilación e invalidez, no implica la subida del complemento de estas últimas por alquiler de vivienda, un aspecto sobre el que volveré más adelante. Pero además —dejando a un lado algún otro cambio menor que afecta a las pensiones del SOVI con-

(13) Véase el artículo 46.Cinco LPGE 2013, si bien las cuantías de referencia son las previstas por el Anexo del RDL 29/2012, que son las que incorporan la subida del 2%, en lugar del 1%.

(14) Véase el Anexo del RDL 29/2012. Su cuantía queda fijada en 5.108,60 euros anuales.

(15) Se alude a las pensiones del SOVI no concurrentes (artículo 49.Uno LPGE 2013; 5.651,80 euros/año, en virtud del RDL 29/2012), así como a las que concurren con pensiones de viudedad de alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, o con alguna de estas pensiones y, además, con cualquier otra pensión pública de viudedad (5.490,80 euros anuales) en línea con el reconocimiento de compatibilidad reconocido por la *Ley 9/2005, 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del SOVI con las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social* [artículo 48.Dos]. Pero además, siguiendo lo ya establecido en leyes precedentes, se consideran no concurrentes y, por tanto, no impiden el incremento otras modalidades diversas de prestación: las prestaciones económicas de los «niños de la guerra» reconocidas en virtud de la ya citada *Ley 3/2005*; las pensiones percibidas «... por los mutilados útiles o incapacitados de primer grado por causa de la pasada guerra civil española, cualquiera que fuese la legislación reguladora»; el subsidio por ayuda de tercera persona previsto en el artículo 16 de la también mencionada *Ley 13/1982 (LISMI)*; así como las pensiones extraordinarias derivadas de actos de terrorismo [artículo 49.Uno, segundo párrafo]. En fin, igualmente se ha de mencionar el mantenimiento de la fórmula de incremento singular del supuesto cuando la suma de todas las pensiones concurrentes y las del SOVI sea inferior a la cuantía de 5.490,80 euros anuales [véase artículo 49.Tres].

(16) Dos supuestos, en concreto: cuando se tenga un hijo o menor acogido a cargo mayor de 18 años y que se encuentre afectado por una discapacidad de un grado de, al menos, el 65% (4.378,80 euros anuales, en virtud del RDL 29/2012); o cuando con esa edad mínima sufra una discapacidad igual o superior al 75% y requiera «... el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida...» (6.568,80 euros al año). Véanse las letras b) y c), respectivamente, de la DA 28.ª LPGE 2013, así como el RDL 29/2012.

currentes con la pensión de viudedad⁽¹⁷⁾—, cabe lamentar que un año más la subida de la cuantía de las prestaciones familiares no contributivas se limite a dos únicas modalidades, excluyéndose en cambio las demás, mucho más relevantes en términos cuantitativos. Se agravan así las diferencias de una ya muy deficiente política social en el ámbito familiar.

En tercer lugar, debe aludirse al incremento del 1% —ya producido en los mismos términos en 2012— que también experimentan otras prestaciones que, en atención al reducido número de beneficiarios, cabe considerar «menores». Dentro de la LPGE 2013⁽¹⁸⁾, un primer bloque incluye las denominadas «pensiones especiales de guerra» (artículo 41), prestaciones residuales vinculadas a la Guerra Civil y a sus damnificados: se trata de las pensiones a favor de familiares fallecidos como consecuencia del citado conflicto armado concedidas al amparo de la Ley 5/1979⁽¹⁹⁾; las reconocidas a mutilados de guerra excombatientes de la zona republicana en virtud de la Ley 35/1980⁽²⁰⁾; las establecidas por la Ley 6/1982 para los mutilados civiles de guerra⁽²¹⁾; y las reconocidas al amparo del Decreto 670/1976⁽²²⁾. Como complemento de este bloque, también se incrementan las cuantías mínimas correspondientes a las pensiones de viudedad y a favor de causantes del Título II de la Ley 37/1984⁽²³⁾.

Por su parte, ya entre las Disposiciones Adicionales de la LPGE 2013 se recogen otras prestaciones que experimentan el mismo incremento del 1% que en 2012, con una excepción⁽²⁴⁾. Se alude a las siguientes: las reconocidas a favor de los «niños de la guerra»⁽²⁵⁾ (Disposición Adicional 31.^a); las ayudas sociales reconocidas en favor de las personas contaminadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (Disposición Adicional 30.^a)⁽²⁶⁾; y las prestaciones económicas de gran invalidez del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (Disposición Adicional 35.^a). En cambio, entre los subsidios pre-

(17) A la previsión, ya contenida en Leyes de Presupuestos anteriores, de que la suma de los importes de todas las pensiones no supere el límite establecido por la DT 7.^a LGSS —el doble del importe de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con 65 o más años que esté establecido en cada momento— ahora se añade como salvedad que «... los interesados tuvieran reconocidos importes superiores con anterioridad a 1 de septiembre de 2005, en cuyo caso se aplicarán las normas generales sobre revalorización, siempre que, por efecto de estas normas, la suma de las cuantías de las pensiones concurrentes siga siendo superior al mencionado límite».

(18) Véase igualmente el artículo 5.3 RDL 29/2012.

(19) *De 18 de septiembre, sobre reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social en favor de las viudas, y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada guerra civil.* Véase, en particular, su artículo 4.

(20) *De 26 de junio, de mutilados de guerra ex combatientes de la zona republicana.*

(21) *De 29 de marzo, de pensiones a los mutilados civiles de guerra.*

(22) *De 5 de marzo, a favor de mutilados de guerra que no pudieron integrarse en el Cuerpo de Caballeros Mutilados de Guerra por la Patria.*

(23) *De 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la guerra civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República.* Véanse, singularmente, los artículos 4 a 8 de la citada norma legal.

(24) A salvo de este supuesto excepcional, nada establece el RDL 29/2012 sobre estas prestaciones.

(25) *Ley 3/2005, 18 de marzo, por la que se reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional.*

(26) *Vid. párrafos b), c) y d) del artículo 2.1 del Real Decreto-ley 9/1993, 28 de mayo, sobre el particular.*

vistos en la Ley 13/1982⁽²⁷⁾, el de movilidad y compensación para gastos de transportes se incrementa en un 2% en virtud del RDL 29/2012.

b) *Las prestaciones que no se incrementan*

Como un segundo apartado pueden incluirse aquellas pensiones públicas, también residuales en general, que en 2013 —al igual que sucedió en 2012— quedan expresamente excluidas de todo incremento (ni 2 ni 1%)⁽²⁸⁾, siguiendo la estela de lo previsto en Leyes de presupuestos de ejercicios anteriores —señaladamente la LPGE 2010⁽²⁹⁾—.

Dentro del artículo 44 de la LPGE 2013, expresamente denominado «Pensiones que no se incrementan»⁽³⁰⁾, la previsión más destacada es la que se refiere a aquellas pensiones públicas —entendidas en sentido amplio⁽³¹⁾— cuyo importe íntegro mensual, sumado en su caso a otras pensiones públicas, supere el límite mensual máximo de 2.548,12 euros establecido por el artículo 42 de la misma Ley a la que enseguida se hará referencia [apartado Uno, a)]⁽³²⁾. El resto de pensiones que no se incrementan —criterio reiterado por el artículo 5.4 RDL 29/2012— resultan más anecdóticas⁽³³⁾.

Igualmente debe recordarse que se establece como regla general que las pensiones del SOVI no experimentan subida alguna si concurren con otras pensiones públicas (artículo 49.Tres), si bien el propio precepto reconoce que algunas de las concurrentes, a las que ya se ha hecho referencia, están excluidas⁽³⁴⁾.

(27) *De 7 de abril, de integración social de los minusválidos.*

(28) Criterio ratificado por el artículo 5 RDL 29/2012.

(29) Ley 26/2009, 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

(30) Frente a ello, la LPGE 2012 encabezaba un contenido idéntico como «Pensiones no revalorizables».

(31) Véase el artículo 42 de la Ley 37/1988, 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989.

(32) No se incluyen y, por tanto, sí suben cualquiera que sea su cuantía, las pensiones extraordinarias del Régimen de Clases Pasivas del Estado y de la Seguridad Social originadas por actos terroristas, así como las pensiones excepcionales derivadas de atentados terroristas y previstas en el Real Decreto-ley 6/2006, 23 de junio, con el que se complementa la anterior regulación para dar cobertura a situaciones familiares de convivencia no amparadas por la anterior norma. Igualmente la excepción se extiende a las pensiones reconocidas en favor de las personas que resultaron afectadas por el incendio ocurrido en el Hotel Corona de Aragón en julio de 1979 (*vid.* Disposición Adicional 43.^a de la Ley 62/2003, 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social). En cuanto al porcentaje de incremento que experimentan estas pensiones, a la vista de la referencia que a ellas hace el artículo 5.4 del RDL 29/2012 parece aplicable el criterio del apartado 1 de ese mismo precepto, según el cual ese incremento será del 1 o del 2% en función de la cuantía.

(33) Se trata de las pensiones de Clases Pasivas reconocidas a favor de los Camioneros del Estado y causadas antes del 1 de enero de 1985, salvo que el titular sólo percibiera esta pensión [artículo 44.Uno.b) LPGE 2013]; y las pensiones de aquellas mutualidades integradas en el Fondo Especial de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado que, a 31 de diciembre de 2011, hubieran ya alcanzado las cuantías correspondientes al 31 de diciembre de 1973 [letra c) del mismo apartado]. Por otra parte, el apartado Dos del mismo artículo 44 LPGE 2013 reitera la previsión del artículo 45.Dos de la Ley 26/2009, 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, en torno a las pensiones reconocidas por mutualidades, montepíos o entidades de previsión social de cualquier tipo en favor del personal perteneciente a empresas o sociedades con participación mayoritaria del Estado, de Comunidades Autónomas, de Corporaciones Locales o de organismos autónomos y financiadas con fondos procedentes de tales órganos o entidades públicas.

(34) Cabe añadir que se reitera la garantía en torno al importe de la pensión (SOVI) prorrateada a cargo de España en casos de totalización de periodos de seguro, que se aplica sean o no concurrentes (artículo 49.Cuatro).

Fuera del Título relativo a las pensiones públicas, también encontramos otras prestaciones que un año más se congelan pese a afectar a colectivos particularmente vulnerables. Es el caso, por un lado, de dos modalidades de asignación económica (no contributivas) por hijo a cargo o menor acogido (Disposición Adicional 28.^a): cuando éste es menor de 18 años sin minusvalía —se mantiene en unos «testimoniales» 291 euros anuales—; y cuando el mismo tiene una discapacidad de, al menos, el 33% —1.000 euros anuales—. De otro, se mantiene también la cuantía de los subsidios previstos por la *Ley 13/1982, 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos*, con la ya reseñada excepción del subsidio de movilidad (Disposición Adicional 29.^a de la *Ley 2/2012*)⁽³⁵⁾. Y, por último, se produce la ya mencionada congelación del complemento de las pensiones no contributivas por alquiler de vivienda con una cuantía de 525 euros anuales (artículo 48.Dos)⁽³⁶⁾.

En fin, no debe cerrarse este apartado sin hacer referencia, por su singularidad, a la regulación de la cuantía de las pensiones de las Mutualidades integradas en el Fondo Especial de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (artículo 43.Dos). En cumplimiento de lo previsto en la Disposición Adicional 6.^a 1 de la *Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado*⁽³⁷⁾, se actualizan las fechas de referencia para establecer que las pensiones causadas con posterioridad al 31 de diciembre de 2007 experimentarán en 2013 una reducción respecto de los importes percibidos en 2012⁽³⁸⁾.

c) *El incremento de otras cuantías de referencia*

Consecuente con ese incremento «general» del 1% que prevé la LPGE 2013 es la elevación en el mismo porcentaje de algunas cuantías que sirven de referencia en el acceso o disfrute de determinadas prestaciones.

(35) No se revalorizan ni el subsidio de garantía de ingresos mínimos (149,86 euros mensuales), ni el subsidio por ayuda de tercera persona (58,45 euros al mes).

(36) Cabe reseñar que la regulación en este punto —idéntica en LPGE 2012 y LPGE 2013— coincide con la plasmada en el artículo 44 de la *Ley 39/2010*, con la única salvedad de que ahora la autorización para el desarrollo reglamentario del procedimiento de solicitud, reconocimiento y abono de este complemento se prevé «... sin perjuicio de que el mismo surta efectos económicos desde el 1 de enero de 2013, o desde la fecha de reconocimiento de la pensión para aquellos pensionistas que vean reconocida la prestación durante 2013». Para el ejercicio 2012, tal desarrollo reglamentario se produjo a través del Real Decreto 1191/2012, 3 de agosto, por el que se establecen normas para el reconocimiento del complemento de pensión para el alquiler de vivienda a favor de los pensionistas de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva.

(37) Texto Refundido de esta Ley aprobado por el *Real Decreto Legislativo 4/2000, 23 de junio*. Dicha disposición establece que «(e)l Estado, a través de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, garantiza a los socios y beneficiarios, sean o no funcionarios, de las Mutualidades, Asociaciones y Montepíos integrados en la misma al amparo de la disposición transitoria primera de la *Ley 29/1975*, y de las disposiciones adicionales quinta de la *Ley 74/1980* y vigésima primera de la *Ley 50/1984*, las prestaciones existentes en cada Mutualidad, Asociación o Montepío al 31 de diciembre de 1973 y al 31 de diciembre de 1978, con las cuantías en vigor en tales fechas, según se trate de pensiones o de prestaciones distintas de las pensiones, respectivamente». Y añade que «(n)o obstante, la garantía inicial del Estado respecto a las pensiones será la correspondiente a las cuantías vigentes al 31 de diciembre de 1978, si bien la diferencia hasta alcanzar las cuantías vigentes al 31 de diciembre de 1973 tendrá el carácter de absorbible y se reducirá a partir del ejercicio siguiente a su concesión en un 20% anual de dicha diferencia».

(38) En concreto, esa reducción representará un 20% de la diferencia entre la cuantía correspondiente al 31 de diciembre de 1978 (de 1977 en el caso del Montepío de Funcionarios de la Organización Sindical) y la que correspondería en esa fecha de 1973.

En primer término, la citada norma —así como el RDL 29/2012— establece que el incremento de las pensiones públicas no podrá superar un valor íntegro anual de 35.673,68 euros (artículo 45.Uno), lo que representa un 1% más que la cifra de referencia en 2012, sin otras novedades reseñables más que la sustitución del término «revalorización»⁽³⁹⁾.

Adicionalmente, se prevé en 2013 —al igual que en 2012— un incremento del 1% en dos casos determinados que fueron objeto de congelación en el ejercicio 2011. Uno es la determinación de los ingresos máximos para el reconocimiento de complementos para mínimos de las pensiones contributivas, que quedan fijados en 7.063,07 euros anuales, o 8.239,15 cuando el beneficiario tiene cónyuge a cargo (artículo 47.Uno y Dos LPGE 2013)⁽⁴⁰⁾. El otro es la subida del límite de ingresos para el disfrute de la asignación económica por hijo o menor a cargo al que se refiere el artículo 182.1.c) LGSS; así, el tope general se sitúa en 11.490,43 euros anuales, junto a las previsiones específicas para familias numerosas⁽⁴¹⁾ (Disposición Adicional 28.ª Cuatro).

d) Limitaciones en el señalamiento inicial de las pensiones

Pocas novedades incorpora la LPGE 2013 en este punto (artículo 42)⁽⁴²⁾ respecto de la regulación presupuestaria del ejercicio anterior. Lo más relevante es que, tras la congelación de 2011, las cuantías íntegras máximas que limitan la percepción de pensiones públicas experimentan una nueva subida del 1%: 2.548,12 euros mensuales «... sin perjuicio de las pagas extraordinarias que pudieran corresponder a su titular cuya cuantía también estará afectada por el citado límite», lo que representa un límite máximo anual de 35.673,68 euros⁽⁴³⁾. Debe destacarse la «anomalía» que supone que este incremento del límite máximo sea sensiblemente inferior —un 4% como veremos— que la elevación de la base máxima de cotización.

El resto de previsiones mantienen sustancialmente la regulación establecida en las Leyes de Presupuestos de años anteriores. A ellas se remite, sin perjuicio de recordar que, además de la determinación de ese límite general y del no sometimiento a estas reglas de

(39) Se reproduce lo previsto, a efectos de incremento de la cuantía (en 2012 revalorización), en caso de concurrencia de pensiones (artículo 45.Dos LPGE 2013). Por su parte, el apartado Tres del mismo precepto remite a las singularidades en materia de señalamiento inicial de las pensiones establecidas en el artículo 42 (apartados 4 a 8).

(40) Adviértase que estas cuantías de referencia son incrementadas en un 1%, y no en un 2%, pese a que se trata de pensiones mínimas (véanse los artículos 6 y 7 RDL 29/2012). Cabe señalar que tales preceptos incorporan los criterios de aplicación de los complementos por mínimos generalmente plasmados en una norma de rango reglamentario (véase, por ejemplo, el *Real Decreto 794/2010, de 30 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2011*). El contenido es sustancialmente coincidente con el de años anteriores, con dos excepciones derivadas de la *Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*: primera, las pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2013 sólo generarán el derecho al complemento para alcanzar la cuantía mínima cuando el solicitante resida en territorio español; y, segunda, el importe de los complementos no podrá superar en ningún caso la cuantía prevista para las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez (artículo 6.6 RDL 29/2012).

(41) Ese límite es de 17.293,82 euros anuales, incrementándose en 2.801,12 euros por cada hijo a partir del cuarto.

(42) La determinación inicial de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado se regula en el artículo 41.

(43) Cuantía de referencia reiterada por el RDL 29/2012 (ver Anexo).

las pensiones derivadas de actos terroristas (apartado Siete y Ocho), se contienen previsiones específicas relativas a la concurrencia de pensiones: cuando se causan simultáneamente (apartado Dos del artículo 42), cuando el señalamiento inicial de la pensión se efectúa a favor de alguien que ya estuviera percibiendo alguna otra pensión (apartado Tres), en los supuestos de señalamiento provisional de la cuantía (apartado Cuatro), ante vicisitudes que afecten a la cuantía inicialmente reconocida (apartado Cinco) o en relación con el reconocimiento de derechos anejos al reconocimiento de la pensión (apartado Seis).

B) Cotizaciones sociales

Integrado dentro del Título VIII de la LPGE 2013, el artículo 113 contiene escasas novedades en materia de cotización respecto del marco establecido por la LPGE 2012 que, a su vez, seguía lo previsto por el Decreto-ley 20/2011 —que introdujo modificaciones en el artículo 132 de la Ley 39/2010, cuya vigencia había sido prorrogada— y la *Orden de la Ministra de Empleo y Seguridad Social 184/2012, 2 de febrero*⁽⁴⁴⁾. En esta última se incorporaban, como aspectos más destacados, los necesarios cambios derivados de la aprobación de las Leyes 27/2011⁽⁴⁵⁾ y 28/2011⁽⁴⁶⁾. Dado que tales cambios se mantienen literalmente (casi) sin excepción, el comentario del precepto que regula las cotizaciones sociales para 2013 se hace a la luz de estas dos últimas normas principalmente⁽⁴⁷⁾, a las que necesariamente se añaden las modificaciones introducidas por el RDL 29/2012 en el ámbito del sistema especial para empleadas de hogar.

a) *Los topes máximo y mínimo de las bases de cotización a la Seguridad Social*

Con carácter previo a la determinación de las cuantías específicas de cada una de las partes que integran el sistema de Seguridad Social, el número Uno del artículo 113 LPGE 2013 establece los topes máximo y mínimo de las bases de cotización comunes a todos los regímenes. Y lo hace manteniendo, una vez más, lo previsto por la LPGE 2012 con dos excepciones.

La primera estriba en que se fija un límite máximo de 3.425,60 euros mensuales, lo que representa un incremento del 5% respecto de lo previsto en 2012. Dado que la cuantía de la pensión máxima del sistema sólo se ha incrementado un 1%, es evidente el afán recaudatorio. En la medida en que ello refuerza el carácter redistributivo del sistema, nada hay que objetar más allá de destacar el difícil encaje que esta medida tiene en la Recomendación 5.^a

(44) *Orden por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2012.*

(45) *De 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.*

(46) *De 2 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social.*

(47) Como aspecto complementario de esta materia, la Disposición Final 5.^a LGSS modifica el artículo 20.5 LGSS para establecer que en los supuestos de pago aplazado el interés aplicado será el de demora vigente cada momento durante el transcurso del aplazamiento, incrementándose «... en 2 puntos si el deudor fuera eximido de la obligación de constituir garantías por causas de carácter extraordinario».

del Pacto de Toledo de 2011, que apuesta por una evolución paralela al alza de prestaciones y cotizaciones⁽⁴⁸⁾.

Por otro, se reitera la previsión del artículo 16.2 LGSS que fija ese límite inferior en las cuantías del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento incrementadas en una sexta parte, salvo disposición expresa en contrario. Pero esta previsión aparentemente neutra resulta negativa como consecuencia de la pírrica subida que experimenta en 2013 la cuantía de ese elemento de referencia, el SMI⁽⁴⁹⁾. Y es que no deben desconocerse las implicaciones socioeconómicas derivadas de la combinación de estas medidas —práctica congelación del SMI y de las bases mínimas de cotización, sin olvidar la también congelación del IPREM⁽⁵⁰⁾— para los trabajadores con menor nivel de renta: sus salarios perderán poder adquisitivo como consecuencia del más que previsible crecimiento del IPC a largo del año; de cara a una futura pensión, ese perjuicio no se verá compensado en el ámbito de la Seguridad Social en el que también se congelan las bases mínimas; y, en su caso, también se verán afectadas negativamente las prestaciones por desempleo, cuyos topes se fijan a partir del IPREM también congelado.

b) La cotización por contingencias comunes y profesionales en los distintos regímenes de la Seguridad Social

Los apartados Dos a Ocho del artículo 113 LPGE 2013 se ocupan de la regulación de las bases y tipos de cotización aplicables en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social, con sus correspondientes particularidades. En 2012 la anomalía que supuso la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado del ejercicio a mediados de año se tradujo en que sus previsiones reproducían en gran medida lo previamente establecido por la *Orden ESS/184/2012, de 2 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2012*. Ahora, la LPGE 2013 reproduce casi milimétricamente la regulación presupuestaria vigente durante el ejercicio anterior (Ley 2/2012), con la particularidad de los cambios singulares previstos por el RDL 29/2012, que son los que finalmente entrarán en vigor.

Comenzando por las bases y tipos de cotización en el Régimen General (apartado Dos), cabe señalar que no hay novedades más allá del 5% de la cuantía de la base máxima respecto de 2012, hasta el tope máximo de 3.425,70 euros mensuales (114,19 euros diarios) a que antes se aludía.

(48) Esta medida fue anunciada por el Gobierno tras el Consejo de Ministros del pasado 13 de julio de 2012 en el que se aprobó el RDL 20/2012 de medidas «antidéficit». Lo curioso es que también entonces se anunció una rebaja de las cotizaciones sociales para 2013 y 2014 —para compensar la subida de IVA— que, por el contrario, no se ha producido.

(49) Vid. *Real Decreto 1717/2012, de 28 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2013*. Aún peor fue 2012, en el que se produjo la congelación total del SMI (*Real Decreto 1888/2011, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2012*).

(50) Su cuantía se mantiene en 2013, por tercer año consecutivo (¡!), en 532,51 euros mensuales (*Disposición Adicional 81.ª LPGE 2013*).

En lo demás, la regulación es idéntica a la recogida en las Leyes de Presupuestos de ejercicios anteriores. No hay, por tanto, cambios en los tipos de cotización⁽⁵¹⁾ —incluye los generales, por contingencias comunes y profesionales, y los adicionales por horas extraordinarias—, ni en las bases de cotización de los representantes de comercio, de los artistas y de los profesionales taurinos.

En cuanto a las previsiones relativas a los sistemas especiales integrados en el Régimen General que proceden de los ya extintos regímenes especiales, no hay en 2013 grandes modificaciones respecto de la LPGE 2012, con la excepción de las empleadas de hogar. Con todo, conviene tener presentes a efectos de comentario algunos cambios relevantes en materia de cotización, recogidos en esta última norma, pero que ya habían sido adelantados por el RDL 20/2011 y la posterior «Orden de cotización para 2012» (Orden ESS/184/2012). Pero vayamos por partes.

En cuanto al Sistema Especial para los Trabajadores por cuenta ajena agrarios establecido dentro del Régimen General (apartado Tres), la LPGE 2012 reproducía en lo sustancial la regulación contenida en el artículo 13 de la citada Orden que, a su vez, venía a desarrollar las previsiones específicas recogidas en dos normas legales: la Ley 28/2011⁽⁵²⁾ y el Real Decreto-ley 20/2011⁽⁵³⁾.

Por su parte, la LPGE 2013 mantiene todas estas previsiones, si bien incorpora algunas modificaciones que sustancialmente vienen a dar cumplimiento a la aplicación gradual de la integración del antiguo régimen especial agrario en el Régimen General⁽⁵⁴⁾. Es el caso, primero, de la determinación de las bases de cotización mínimas —que se incrementan en el mismo porcentaje que el aumento del SMI, esto es, un 0,6%— y máximas —que se incrementan desde los 1.800 hasta los 2.161,50 euros mensuales— [artículo 113.Tres.1, a) y b)]⁽⁵⁵⁾. Y, segundo, de las condiciones en la aplicación de las reducciones en las aportaciones empresariales a la cotización⁽⁵⁶⁾.

(51) Recuérdese el anuncio del Gobierno en julio de 2012 de que rebajaría las cotizaciones sociales un punto en 2013 y otro adicional en 2014, un compromiso —incumplido— al que de forma más imprecisa se refería incluso la Exposición de Motivos del demoleedor RDL 20/2012.

(52) Véanse en este punto la regulación contenida en el artículo 4 y la Disposición Adicional 2.ª, cuyo aspecto más destacado es la aplicación de una reducción en el tipo de cotización efectivo por cuenta del empresario, que se irá eliminando progresivamente hasta desaparecer en 2031.

(53) Su artículo 13.5 contiene en cada uno de sus tres apartados previsiones específicas, según las cuales: se descarta la aplicación de la cotización adicional por horas extraordinarias en los términos que ya establecía la LGPE 2011 (Ley 39/2010) [letra a)]; se prevé que, cualquiera que sea el número de horas de trabajo realizadas en cada jornada, la base de cotización no podrá ser en ningún caso inferior a la cuantía de la base mínima diaria del grupo 10 de cotización (*Peones*) establecida para los periodos de actividad [letra b)]; y se exceptiona a los trabajadores incluidos en el Grupo 1 de cotización [*Ingenieros y Licenciados. Personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) ET*] del ejercicio de la facultad empresarial de elegir entre cotizar por bases diarias o hacerlo por bases mensuales [letra c)].

(54) También resulta novedoso que la determinación de las bases diarias conforme a lo establecido por el artículo 109 LGSS se realice «... dividiendo a tal efecto, entre 23, los importes de las bases máximas y mínimas...» establecidas en la misma LPGE 2013. En otro orden de cosas, véanse las modificaciones relativas a los periodos de inactividad recogidas por la Disposición Final 3.ª del RDL 29/2012.

(55) Véase de nuevo la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 28/2011, relativa a la aplicación paulatina de las bases y tipos de cotización.

(56) Respecto de los trabajadores encuadrados en el grupo de cotización 1, se prevé que la cuota empresarial resultante no será superior en ningún caso «... a 279 euros al mes o 12,13 euros por jornada real trabajada» [artículo

Algo similar sucede con las previsiones sobre la cotización en el Sistema Especial para empleados del hogar establecido dentro del Régimen General como consecuencia de la integración en este último del antiguo Régimen Especial, si bien teniendo en cuenta las nuevas previsiones introducidas por el RDL 29/2012.

El contenido del artículo 120.Cuatro LPGE 2012 coincidía con lo recogido en la Orden de cotización (artículo 14), que a su vez desarrollaba lo previsto en la Disposición Adicional 39.^a —sin olvidar la Disposición Transitoria Única— de la ya citada Ley 27/2011. Con algunas modificaciones, la LPGE 2013 reproducía tales disposiciones en el artículo 113.Cuatro, que ahora —sólo un par de días después— se ve desplazado por lo previsto en los artículos 1 a 5 del RDL 29/2012. Las novedades más destacadas resultantes son las siguientes.

Primero, se establece una nueva escala simplificada para la determinación de las bases de cotización en función de la retribución, que va —en ocho tramos— desde las retribuciones mensuales —incluyendo parte proporcional de pagas extras— inferiores a 172,06 euros (base de cotización: 147,86) a las retribuciones que superan los 753 euros (base: 790,65)⁽⁵⁷⁾. Segundo, el tipo de cotización para 2013 se eleva hasta el 22,90% (19,05 y 3,85% a cargo de empleador y trabajador, respectivamente) [número 2 del mismo apartado], si bien sigue contemplándose una reducción del 20% en la cuota empresarial para las nuevas altas (número 4)⁽⁵⁸⁾. Y, tercero, junto a otros cambios adicionales, se introduce como novedad la —discutible, a mi juicio— previsión que establece que en los casos en los que la prestación de servicios es inferior a 60 horas el cumplimiento de las obligaciones de encuadramiento, cotización y recaudación (!) corresponderá a la empleada de hogar, salvo pacto en contrario⁽⁵⁹⁾.

En cuanto al RETA, el apartado Cinco del artículo 112 LGPE 2013 reproduce el contenido de la LPGE 2012⁽⁶⁰⁾, que incorporaba algunos relevantes cambios en el régimen de elección de la base de cotización⁽⁶¹⁾; la única singularidad nueva es que se elevan las cuan-

112.Tres.4.a) LPGE 2013]. Para el resto de grupos (2 a 11) los cambios afectan al porcentaje de reducción de la base de cotización (6,33%, del que resulta un tipo efectivo de cotización del 10,07%).

(57) Artículo 1 RDL 29/2012, el cual también añade que desde 2014 a 2018 las retribuciones y las bases se actualizarán conforme a la evolución del SMI. Como «curiosidad» cabe apuntar que tal era el criterio establecido por la LPGE 2013 (apartado Cuatro.1 del artículo 113) respecto de la escala prevista en la Disposición Adicional 39.^a Ley 27/2011, con la particularidad de que añadía un nuevo tramo —base decimosexta— cuya cuantía era la correspondiente al tramo decimoquinto incrementado en un 5%.

(58) Previsión no aplicable a los supuestos en los que es la empleada de hogar la responsable del cumplimiento de las obligaciones de encuadramiento, cotización y recaudación (Disposición Final 2.^a del RDL 29/2012).

(59) Véanse los artículos 2, 3 y 4 del RDL 29/2012.

(60) Ello incluye la reducción aplicable a los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado dedicados a la venta ambulante (número 9 del apartado Cinco) a los que, como novedad, se les permite aplicar tal reducción pese a no encontrarse al corriente en el pago de las cotizaciones sociales, siempre que regularicen la situación antes del 31 de marzo de 2013 (Disposición Adicional 77.^a LPGE 2013).

(61) De nuevo la LPGE 2012 recogía lo previsto por la «Orden de cotización para 2012» (artículo 15), que a su vez reflejaba las modificaciones introducidas por el artículo 13.6 del RDL 20/2011 en cumplimiento de lo establecido por la Disposición Adicional 33.^a de la Ley 27/2011, según la cual, «(a) partir del 1 de enero de 2012, y con carácter indefinido» los trabajadores autónomos podrían elegir en todo caso, y con independencia de su edad, una base de cotización equivalente al 220 por ciento de la base mínima establecida cada año para el RETA.

tías de referencia. Así, el proceso de progresiva restricción de esa facultad de elección se concreta para 2013 en lo siguiente.

La principal edad de referencia sigue siendo la de 47 años —idéntica que en 2012—, lo que significa que por debajo de esa edad los autónomos tienen plena libertad para elegir su base de cotización («... dentro de las bases mínimas y máximas» —artículo 113.Cinco.2 LGPE 2013). De idéntica libertad de elección disfrutaban aquellos trabajadores que, habiendo cumplido la edad de 47 años en 2012, hubieran cotizado en diciembre de ese año por una base de al menos 1.870,50 euros mensuales; en cambio, si con aquella edad de 47 años su base de cotización fuera inferior a esta cuantía no podía elegir una base superior a 1.888,80 euros mensuales, con dos excepciones a esta limitación⁽⁶²⁾.

Por su parte, quienes el 1 de enero de 2012 hubieran cumplido ya 48 años (o más) tendrán una base de cotización comprendida entre 925,80 y 1.888,80 euros mensuales, con una salvedad que afecta al cónyuge superviviente del titular del negocio, de al menos 45 años, que como consecuencia de tal fallecimiento se ha puesto al frente del mismo dándose de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, rebajándose entonces el mínimo a 858,60 euros mensuales.

Finalmente, se establece una tercera regla para los trabajadores autónomos que, antes de cumplir 50 años, hubieran cotizado en cualquiera de los regímenes del sistema un mínimo de cinco anualidades⁽⁶³⁾.

El resto del apartado Cinco de este artículo 113 LPGE 2013 reproduce las previsiones, sin cambios, contenidas en la Ley de Presupuestos del ejercicio anterior⁽⁶⁴⁾. Coincidencia que también se extiende a las previsiones del apartado Seis —siempre del mismo precepto— sobre la cotización en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios establecido en el RETA como consecuencia de la integración de este colectivo desde 2008, a salvo de un incremento del 1% de la cuantía de las bases de cotización de referencia⁽⁶⁵⁾.

(62) De un lado, que se ejercitara una «... opción en tal sentido antes del 30 de junio de este año, con efectos de 1 de julio»; y, de otro, «... que se trate del cónyuge del titular del negocio que, como consecuencia del fallecimiento de éste, haya tenido que ponerse al frente del mismo y darse de alta en este Régimen Especial con 47 años de edad...» (artículo 112.Cinco.2, segundo párrafo).

(63) En tal caso, se diferencian dos supuestos: primero, aquel en el que la última base de cotización acreditada antes del cumplimiento de 50 años no supere los 1.870,50 euros mensuales, previéndose una cotización por una base comprendida entre 858,60 y 1.888,80 euros al mes [artículo 113.Cinco.3.a)]. Y, segundo [letra b) del mismo precepto], aquel otro en el que la última base de cotización superara la citada cuantía, 1.870,50 euros mensuales, en cuyo caso podrá elegir la base dentro de la horquilla que va desde los 858,60 euros al mes hasta el importe de esa última base incrementado en un 1%, con la particularidad de que incluso si esta cuantía es inferior a 1.888,80 euros mensuales el límite máximo de cotización se desplaza hasta esa cifra. Además, el mismo precepto prevé, al igual que la LPGE 2012, que los límites a la base de cotización establecidos en este segundo apartado [letra b)] se aplican a los trabajadores que con 48 ó 49 años se hubieran acogido a la opción prevista en el artículo 132.Cuatro.2, párrafo segundo Ley 39/2010 (la que establecía la posibilidad de que los autónomos con 48 ó 49 años de edad el 1 de enero de 2011 y cuya base en esa fecha fuera inferior a 1.665,90 euros optaran, antes del 30 de junio, por una base superior).

(64) Como puntual excepción relacionada con los supuestos de pluriactividad, su número 7 revisa al alza en un 5% la cuantía de las aportaciones empresariales y las propias del trabajador acumuladas en los Regímenes General y de Autónomos que dan derecho a una devolución: 11.633,68 euros.

(65) En concreto, la aplicación del tipo reducido del 18,75% se producirá cuando el trabajador haya optado por una base de cotización comprendida entre 850,20 y 1.020,30 euros.

Por su parte, no hay ninguna novedad reseñable en cuanto a la cotización correspondiente a los dos regímenes especiales restantes: el de los trabajadores del mar⁽⁶⁶⁾ y el de la minería del carbón. En ambos casos (apartados Siete y Ocho del artículo 113 LPGE 2013) se reproduce el texto de la LPGE 2012 (artículo 120)⁽⁶⁷⁾ que, a su vez, recogía lo dispuesto por la Ley de Presupuestos del año anterior⁽⁶⁸⁾, con el necesario ajuste de fechas en la aplicación de las previsiones del segundo⁽⁶⁹⁾.

Respecto a la cotización por otros conceptos de recaudación conjunta —«Desempleo, FOGASA, Formación Profesional y Cese de Actividad de los trabajadores autónomos»—, el apartado Diez del artículo 113 LPGE 2013 vuelve a reiterar las previsiones recogidas en la LPGE 2012⁽⁷⁰⁾, a salvo de una modificación que afecta a la base de cotización por cese de actividad de los armadores de embarcaciones en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar⁽⁷¹⁾.

La misma continuidad —y, por tanto, la falta de cambios sustanciales respecto de la regulación prevista para el pasado ejercicio— puede predicarse de cada uno de los apartados restantes del artículo 112 LPGE 2013 que pueden ser agrupados del siguiente modo: la cotización durante la percepción de determinadas prestaciones (desempleo del nivel contributivo y aquella otra por cese de actividad de los autónomos⁽⁷²⁾ —apartado Nueve—); la cotización en la modalidad contractual específica para la formación y el aprendizaje⁽⁷³⁾ (apartado Once); y las especialidades propias de la cotización de determinados colectivos (personal investigador en formación⁽⁷⁴⁾ —apartado Doce—, bom-

(66) En un ámbito distinto al de la cotización, cabe señalar que la Disposición Final 1.ª LPGE 2012 modifica el artículo 9 del Decreto 2864/1974, 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes 116/1969, de 30 diciembre, y 24/1972, 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar, eliminando la exigencia de encontrarse al corriente del pago de las cotizaciones como requisito para obtener la autorización para salir a la mar.

(67) La Orden ministerial a la que se remite el artículo 120.Siete en cuanto a la cotización correspondiente a los trabajadores de los grupos segundo y tercero (artículo 19.5 del Decreto 2864/1964) es la Orden ESS/229/2012, de 9 de febrero, por la que se establecen para el año 2012 las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero.

(68) Véase el artículo 132 de la Ley 39/2010 (LPGE 2011).

(69) Cabe también recordar que la Disposición Adicional 8.ª LPGE 2012 estableció la regulación las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, durante el año 1990.

(70) Véase su artículo 120. En realidad, tales previsiones ya se aplicaban en 2011 (artículo 132.Diez LPGE 2011) y fueron desarrolladas por el Capítulo II (artículos 32 y siguientes) de la «Orden de cotización para 2012», de 2 de febrero.

(71) Según el artículo 112.Diez.1, último párrafo LPGE 2013, aquellos armadores a los que se refiere la Disposición Adicional Real Decreto 1541/2011, 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010 que estén incluidos en el grupo primero del Régimen Especial tomarán como base de cotización la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

(72) Véase el artículo 120 LPGE 2012 que, a su vez, seguía lo dispuesto por el artículo 132.Nueve LPGE 2011 (Ley 39/2010) y el artículo 8 de la «Orden de cotización para 2012», de un lado, y el artículo 35.2 de esta misma Orden, de otro.

(73) En correspondencia con la leve subida del SMI en 2013 (0,6% según el RD 1717/2012, ya citado), se prevé un incremento en el mismo porcentaje que experimente la base mínima de cotización del Régimen General. En cambio, por la aplicación de ese criterio de referencia en la LPGE 2012 se mantenían expresamente las cuotas vigentes en 2011 (véase en este sentido el artículo 44 de la «Orden de cotización para 2012»).

(74) Adviértase que desde la LPGE 2012 (siempre artículo 120) la referencia se circunscribe al personal investigador en formación, omitiendo la de los «becarios» —habitual en ejercicios anteriores—, cuya integración en la

beros⁽⁷⁵⁾ —Trece—, miembros de la Ertzaintza⁽⁷⁶⁾ —Catorce— y empleados públicos encuadrados en el Régimen General⁽⁷⁷⁾ —Dieciséis—). A las anteriores hay que añadir la reiteración de que, a salvo de lo que derivase de la aplicación de este artículo 113 LPGE 2013, las bases de cotización no podrán ser inferiores a la base mínima del Régimen General (apartado Quince).

Finalmente, se mantienen en los mismos términos que en 2012 las reducciones de cuotas que se aplican en los supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, así como en los supuestos de enfermedad profesional (Disposición Adicional 76.ª LPGE 2013). En cambio, desaparece la reducción de cuotas para el mantenimiento del empleo de los trabajadores con 59 años o más⁽⁷⁸⁾.

C) Otras medidas regresivas en materia de protección social

El RDL 20/2011 estableció para 2012 diversas previsiones que afectaban de forma regresiva a algunas prestaciones del sistema público de protección social: las relativas a la pensión de viudedad, a la prestación por paternidad, a la renta básica de emancipación de los jóvenes y a la protección de las personas en situación de dependencia, entre otras⁽⁷⁹⁾. Siguiendo esta línea restrictiva, la LPGE 2012 reiteró en parte esas previsiones e incorporó otras nuevas a la que se añadieron poco después las recogidas en el RDL 20/2012. Lejos de rectificar esta tendencia regresiva, la LPGE 2013 mantiene todas las medidas anteriores y suma otras nuevas. Su exposición puede agruparse del siguiente modo⁽⁸⁰⁾.

a) *El aplazamiento (¿supresión?) de mejoras de las prestaciones sociales legalmente previstas*

Una de las virtudes de la Ley 27/2011 es que, pese a la dureza de la coyuntura económica, introdujo algunas medidas dirigidas a mejorar, modestamente siquiera, la acción protectora

Seguridad Social se produjo a través del RD 1493/2011, 24 de octubre. Por lo demás, la Disposición Adicional 78.ª LPGE 2013 incorpora una autorización al Gobierno para el establecimiento de bonificaciones en las cotizaciones correspondientes al personal investigador que, con carácter exclusivo, se dedique a actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica, recuperando así la bonificación regulada por el *Real Decreto 278/2007, de 23 de febrero, sobre bonificaciones en la cotización a la (Seguridad Social) respecto del personal investigador*, que había sido derogada por el RDL 20/2012.

(75) Se incrementa el tipo de cotización adicional aplicable para la reducción de la edad de jubilación para situarse en 2013 en el 7,30% (6,09 a cargo de la empresa y 1,21 a cargo del trabajador).

(76) En este caso, el tipo de cotización adicional se sitúa en el 6,80%, del que 5,67 corresponde a la empresa y 1,13 al trabajador.

(77) Se mantienen los términos de la previsión ya recogida en el artículo 132.Dieciséis LPGE 2011.

(78) Disposición Adicional 6.ª LPGE 2012. Adviértase que tal medida de eliminación se sitúa en línea con la supresión —por parte de la Disposición Transitoria 6.ª del RDL 20/2012— de la bonificación de los contratos indefinidos con los mayores de 60 años prevista por la Ley 43/2006.

(79) Véase: SUÁREZ CORUJO, B. «Aspectos (in)sociales...», *op. cit.*

(80) A un lado se deja la Disposición Adicional 10.ª LPGE 2013, referida a la suscripción de convenios de colaboración entre las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y las Comunidades Autónomas para el control y seguimiento de la incapacidad temporal; así como la Disposición Final 5.ª LPGE 2013, que modifica el artículo 128.1 LGSS para precisar que el plazo de 180 días establecido para emitir una nueva baja médica —por la misma o similar patología— en la situación de incapacidad temporal se refiere a «días naturales».

de la Seguridad Social. Al tiempo que el calendario de aplicación progresiva de los cambios más relevantes se pone en cuestión, los marcos presupuestarios para 2012 y 2013 han dejado en suspenso la mayor parte de los avances apuntados⁽⁸¹⁾.

Tal y como hacían el citado RDL 20/2011 y la LPGE 2012⁽⁸²⁾, la Disposición Adicional 18.ª LPGE 2013 aplaza sin más especificación la aplicación de dos importantes previsiones contenidas en la Ley 27/2011 y dirigidas a hacer frente a la situación de vulnerabilidad económica y social que afecta a un número importante de viudas. La primera de ellas consistía en el incremento del 52 al 60% del tipo aplicable para el cálculo de la pensión de aquellas viudas (y viudos) con 65 o más años que sólo perciben una pensión de viudedad y que carecen de otro tipo de ingresos, una subida que debía producirse de manera progresiva y homogénea en un plazo de ocho años a partir del 1 de enero de 2012 (apartados 1 y 2 de la DA 30.ª Ley 27/2011).

La segunda medida preveía una mejora del tratamiento fiscal de aquellas pensiones de viudedad que concurren exclusivamente con rentas del trabajo u otras pensiones a través de un mecanismo corrector de la progresividad que tomaría como referencia el importe de la pensión mínima de viudedad (Disposición Adicional 30.ª 3 Ley 27/2011). A diferencia de la anterior, se establecía que esta medida fuera de aplicación en las declaraciones del IRPF a partir del ejercicio 2013; lo cierto es que la previsión de que el aplazamiento afecta a esta última Disposición, sin más precisión sobre sus apartados, parece dar a entender que queda aplazada indefinidamente.

Fuera del ámbito de la Ley 27/2011, como única excepción, la Disposición Final 18.ª LPGE 2013 reitera igualmente la modificación del calendario aplicativo de la Ley 9/2009⁽⁸³⁾, que prevé la ampliación a cuatro semanas del permiso de paternidad. También aquí se evita la entrada en vigor de esta medida⁽⁸⁴⁾ estableciendo una nueva fecha de referencia, el 1 de enero de 2014; pero no debe pasarse por alto que ya el Real Decreto-ley 8/2010 retrasó en un año la entrada en vigor de la medida —inicialmente prevista para 2011—, por lo que puede darse por seguro en la actual coyuntura que el nuevo plazo de referencia volverá a ser modificado antes de esa fecha, previsiblemente en la próxima Ley de Presupuestos.

En cambio es una —lamentable— novedad el aplazamiento «... por un año...» de la previsión de la Disposición Adicional 58.ª de la Ley 27/2011, en virtud de la cual se establecía la extensión de la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a todos los trabajadores que causaran alta en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social a partir del 1 de enero de 2013 (Disposición Transitoria 7.ª LPGE 2013).

Por último, aunque no se refiere específicamente a la acción protectora de la Seguridad Social, cabe también apuntar dos cambios que afectan a la citada Ley 27/2011. Primero,

(81) Como excepción, incorporada en este caso por el RDL 29/2012, no se aplica en 2013 a los huérfanos que presenten una discapacidad en un grado igual o superior al 33% el límite de edad de 24 años para el acceso a la pensión de orfandad, sino el de 25 (Disposición Final 1.ª LPGE 2013).

(82) Véanse la Disposición Adicional 9.ª y la Disposición Adicional 26.ª, respectivamente.

(83) *De 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida.*

(84) La Disposición Final 11.ª LPGE 2012 la fijaba en el primero de enero de 2013.

se retrasa hasta 2014 la entrada en vigor de las disposiciones que modifican el Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007) para el reconocimiento de la actividad por cuenta propia «a tiempo parcial»⁽⁸⁵⁾. Y, segundo, la Disposición Derogatoria 2.^a LPGE 2013 suprime la previsión de medidas dirigidas a cancelar, en el plazo de diez años, en el balance patrimonial de la Seguridad Social los préstamos concedidos por el Estado para compensar las insuficiencias de financiación del INSALUD (Disposición Adicional 38.^a Ley 27/2011).

A todo lo anterior, habría que añadir —aunque excede del objeto de comentario de este trabajo— la decisión del Gobierno plasmada en la Disposición Adicional 1.^a del RDL 29/2012 de suspender la entrada en vigor de la nueva regulación de la jubilación anticipada y de la jubilación parcial prevista por la Ley 27/2011. Una suspensión que, como el propio Prólogo del citado Decreto-ley reconoce, anuncia una modificación —en sentido restrictivo— de la regulación que en esta materia entrará en vigor finalmente⁽⁸⁶⁾.

b) El (pen)último paso hacia el vaciamiento de la protección por dependencia

Apenas tres meses antes de la presentación del Proyecto de Ley que origina lo que finalmente será Ley 2/2012 (LPGE 2012), el RDL 20/2011 asestó un duro golpe al despliegue del sistema de atención a la dependencia a través de dos importantes modificaciones de la Disposición Final 1.^a de la Ley 39/2006. Hasta ese momento, dicha disposición preveía para el bienio 2011-2012 la efectividad del derecho a las prestaciones de quienes fueran valorados en el Grado I-Dependencia Moderada, nivel 2, y dejaba para 2013-2014, como último escalón, la correspondiente al nivel 1 de ese Grado I. Pero el citado RDL 20/2011 (Disposición Final 14.^a) alteró este calendario para establecer, primero, la interrupción del reconocimiento de prestaciones en el nivel 2 del Grado I, de manera que sólo se reconocerían nuevas prestaciones en ese grado (y nivel) «a partir del 1 de enero de 2013», sin fijar una fecha final de referencia; y, segundo, el retraso en la efectividad del derecho a las prestaciones correspondientes al nivel 1 de ese mismo Grado I-Dependencia moderada, situándose en 2014, en lugar de en 2013, y sin delimitación temporal para su plena operatividad.

Pues bien, este grave perjuicio para los potenciales beneficiarios y, en general, para el conjunto del sistema no es más que el preludio de los embates que la acción protectora pública de las situaciones de dependencia va a sufrir en los meses sucesivos, el primero de los cuales se plasmó en la LPGE 2012 al que siguió, sólo unos días después de su aprobación, el devastador Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad⁽⁸⁷⁾.

Los drásticos recortes introducidos por la LPGE 2012 fueron los siguientes. En primer lugar, se retrasó de nuevo el calendario de despliegue del sistema en un triple sentido (Disposición Final 8.^a). Por lo que se refiere al «Grado I-Dependencia moderada, Nivel 2», se restringió la regulación excepcional del RDL 20/2011 que preveía la efectividad de los

(85) Disposición Final 25.^a LPGE 2013, que modifica la Disposición Final 10.^a Ley 27/2011.

(86) Véase el «Informe sobre la situación de la jubilación anticipada con coeficiente reductor y de la jubilación parcial», de 26 de octubre de 2012, presentado por el Secretario de Estado de Seguridad Social ante la Comisión del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados el 8 de noviembre de 2012.

(87) Véase en este punto el artículo 22.

derechos cuando las personas dependientes hubieran sido valoradas antes del final de 2011, exigiendo, además de dicha valoración, «... que se les [hubiera] reconocido la concreta prestación». Asimismo, la efectividad del derecho a las prestaciones correspondientes a este nivel quedaba pospuesta en todos los demás casos un año más, pues sólo se produciría «a partir del 1 de enero de 2014». Y, en fin, esa misma fecha sirvió a la LPGE 2012 de referencia para establecer desde qué momento podían ser efectivos los derechos a las prestaciones de los niveles 1 y 2 —antes sólo aquél— del Grado I. Claro que, por sorprendente que pueda parecer, ese calendario volvió a ser rectificado pocos días después: el artículo 22.Diecisiete del RDL 20/2012 retrasó esa fecha de referencia hasta el 1 de julio de 2015, convirtiendo el calendario de despliegue —si es que antes no lo era— en papel mojado.

En segundo lugar, la LPGE 2012 redujo drásticamente la financiación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia a través de dos vías. Por un lado, la dotación del Fondo de Apoyo para la promoción y desarrollo de infraestructuras y servicios del citado sistema sufrió una reducción de más del 70% al pasar de 17 a 5 millones (Disposición Adicional 19.^a). Y, por otro, aún más grave fue la suspensión durante 2012 de los diversos preceptos que regulaban la articulación del nivel de protección acordado entre la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas a través de los correspondientes convenios (Disposición Adicional 40.^a)⁽⁸⁸⁾; con ello se hacía desaparecer una de las vías de financiación del sistema, cuya cuantía ascendió en 2011 a 283 millones⁽⁸⁹⁾, y a la que, en virtud del artículo 32.3 Ley 39/2006, había que sumar otro tanto que debía ser aportado como mínimo por las Comunidades Autónomas.

Como se apuntaba, también el regresivo RDL 20/2012 introdujo numerosas e importantes modificaciones en la regulación jurídica de la atención de la dependencia. Junto a la ya mencionada rectificación del calendario de (no) aplicación de la Ley 39/2006, los cambios más destacados en esta materia fueron, en síntesis, los siguientes.

El bloque principal afectó a los cuidados en el entorno familiar y al apoyo a cuidadores no profesionales. Así, se redujo un 15% la cuantía de las prestaciones económicas por cuidados en el entorno familiar (Disposición Transitoria 10.^a RDL 20/2012)⁽⁹⁰⁾; se estableció el carácter voluntario de la suscripción de un convenio especial de Seguridad Social por parte de los cuidadores no profesionales, cuya financiación correrá a su cargo exclusivamente (Disposición Adicional 8.^a)⁽⁹¹⁾; y se estableció un plazo suspensivo máximo de dos años para este tipo de prestaciones cuando no se hubieran comenzado a percibir en el momento de la entrada en vigor del citado Decreto-ley (Disposición Adi-

(88) Concretamente, se suspendió la aplicación de los siguientes preceptos de la Ley 39/2006: artículos 7.2, 8.2.a), 10 y 32.3; y Disposición Transitoria 1.^a

(89) Véase la Sección 26.15.729 de los Presupuestos Generales del Estado para 2011.

(90) El impacto de esta medida se cuantificaba en una reducción del gasto de 289 millones de euros anuales (véase la Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Real Decreto-ley 20/2012, p. 173). Ello se traducía, lógicamente, en una reducción de la aportación de la Administración General del Estado para la financiación del nivel mínimo de protección (*vid.* Disposición Transitoria 11.^a RDL 20/2012). Téngase en cuenta, además, que se reducían las cuantías máximas para los nuevos solicitantes y aquellos que no hubieran obtenido resolución administrativa antes de la entrada en vigor del Decreto-ley (Disposición Transitoria 10.^a2).

(91) La Memoria de Análisis de Impacto Normativo del RDL 20/2012 estimaba que el ahorro que puede suponer esta medida para la Administración General del Estado alcanzaría los 330 millones en cómputo anual (p. 173).

cional 7.^a). Además, se eliminó la clasificación de cada uno de los grados de dependencia en dos niveles⁽⁹²⁾.

Por lo que se refiere a la LPGE 2013, cabe señalar, entre las previsiones del articulado, el mantenimiento de la reducción de la dotación Fondo de Apoyo para la promoción y desarrollo de infraestructuras y servicios a 5 millones de euros (Disposición Adicional 53.^a LPGE 2013)⁽⁹³⁾; así como la reiteración de la suspensión del nivel de protección «acordado» (Disposición Adicional 83.^a). Pero lo más relevante es que, como consecuencia de la consolidación de todos los «zarpazos» anteriores, el importe del presupuesto destinado al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia sufre una importantísima merma, circunstancia que pone en cuestión su futuro⁽⁹⁴⁾.

c) *La desaparición del programa «PREPARA».*

La Disposición Final 18.^a LPGE 2012 reiteraba la previsión de prórroga del *Programa de Recualificación Profesional de las personas que agotan su protección por desempleo* ya prevista en el RDL 20/2011 (Disposiciones Adicionales 13.^a y 16.^a) hasta el 15 de agosto de ese año. Lo que no aclaraba aquella norma era si el programa se prolongaría más allá de esa fecha. Finalmente, y pese a los negros presagios derivados del recorte de la protección por desempleo por parte del RDL 20/2012, el programa fue de nuevo prorrogado por seis meses a través del *Real Decreto-ley 23/2012*⁽⁹⁵⁾. Una buena noticia empañada por las modificaciones que restringieron su campo de aplicación⁽⁹⁶⁾ y por la perspectiva de que no habrá prórroga que extienda su aplicación más allá del 15 de febrero de 2013. Así se refleja en los presupuestos para este ejercicio.

Es cierto que hasta que no llegue esa fecha no podremos saber con certeza si el programa desaparece. Lo que es indudable, y esto es lo grave, es que el desempleo va a seguir aumentando en los próximos meses —como mínimo— y que la tasa de cobertura de los desempleados ha seguido una tendencia claramente descendente a lo largo de 2012, hasta situarse en el 63,4% en el mes de noviembre.

(92) Artículo 22.Diez del RDL 20/2012, que suprime el artículo 26.2 de la Ley 39/2006.

(93) Se incorpora un nuevo apartado 3 que prevé que el Fondo pueda «... utilizar remanentes de convocatorias anteriores en la financiación a conceder a empresas en convocatorias posteriores», así como emplear «... los recursos procedentes de las amortizaciones y los rendimientos financieros de financiaciones concedidas en la financiación a conceder a empresas en nuevas convocatorias».

(94) El importe destinado por la LPGE 2013 al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (Programa 231I) asciende a 2.205 millones de euros, si bien 1.034 millones corresponden a obligaciones pendientes de pago por cuotas a la Seguridad Social de cuidadores no profesionales. Ello supone que, en realidad, la partida destinada, entre otros, a la cobertura del «nivel mínimo garantizado» se queda en 1.171 millones de euros frente a los 1.407 millones de euros de 2012.

(95) *De 24 de agosto, 4 de agosto, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.*

(96) Véase también la *Resolución de 30 de agosto de 2012, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación para la concesión de ayudas económicas de acompañamiento establecidas en el Real Decreto-ley 23/2012, de 24 de agosto, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.*

3. EL DESFASADO PRESUPUESTO DE SEGURIDAD SOCIAL: UNA BREVE REFERENCIA

Excede el objeto de este trabajo el análisis de las cifras de los Presupuestos Generales del Estado para 2013. Pero dada la trascendencia económica de los desequilibrios financieros y las consecuencias drásticas que éstos generan —o amenazan con generar— en términos de recortes en la protección social pública, sí interesa hacer algunas consideraciones sobre el desfase que irremediablemente parece que va a producirse en dos ámbitos concretos: la Seguridad Social y el Servicio Público de Empleo Estatal.

Dado el rasgo continuista que tienen los Presupuestos del Estado para 2013 respecto de los de 2012 —aprobados apenas seis meses antes—, parece oportuno hacer algún comentario previo sobre las cifras inicialmente previstas y las que resultan de la progresiva ejecución presupuestaria a lo largo del ejercicio. El importante que se pone de manifiesto debe llevar a tomar con prudencia —si no escepticismo— las cifras presupuestarias del año que ahora comienza.

Para el ejercicio 2012 el Presupuesto consolidado de la Seguridad Social⁽⁹⁷⁾ presentaba una situación de equilibrio entre ingresos y gastos: ambos ascendían a 120.690 millones de euros. Lo cierto es que tal cifra, tanto en un bloque como en el otro, parecía pecar de optimista ya en el momento de presentación de los Presupuestos a finales del mes de marzo; no en vano al ligero déficit del ejercicio 2011 se añadía la persistente caída del número de afiliados como consecuencia de la crisis económica y el mantenimiento del progresivo incremento del número de pensionistas⁽⁹⁸⁾. Así, no debe sorprender que los datos de ejecución presupuestaria mensual hayan venido a confirmar tal impresión inicial, como sucintamente se expone a continuación.

Por el lado de los ingresos, se aprecia una —sólo aparentemente— ligera caída de las cotizaciones sociales. Frente a la previsión de un descenso del 3,73%, la evolución negativa hasta el mes de noviembre se situaba en el 3,87%. En principio, no parece una desviación excesiva. Pero el problema consiste en que son las cuentas del Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SPEE) las que están soportando las tensiones financieras. Ante una caída de la afiliación en el último año de 717.482 trabajadores (−4,16%)⁽⁹⁹⁾, la razón fundamental por la que los ingresos no han caído de forma más acusada es, precisamente, porque el SPEE asume la cotización de los desempleados del nivel contributivo como parte de la acción protectora. Esto explica que las cotizaciones abonadas por el SPEE, lejos de la incomprensible caída del 2,2% contemplada en el Presupuesto, se hayan incrementado desde enero a noviembre de 2012 en un 2,38%, y eso que las medidas incluidas en esta materia por el RDL 20/2012

(97) Téngase en cuenta que, como parte del sector público estatal, el Presupuesto de la Seguridad Social queda integrado en los Presupuestos Generales del Estado [artículo 2.1.d) de la *Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria*]. En términos del artículo 32 de la *Ley 47/2003*, es la «... expresión cifrada, conjunta y sistemática de los derechos y obligaciones a liquidar durante el ejercicio...» por la Seguridad Social en el desempeño de las funciones que configuran su acción protectora.

(98) Véase al respecto las intervenciones de los representantes del Grupo Socialista y de la Izquierda Plural en la Comisión de Presupuestos del Congreso el pasado 17 de abril de 2012: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/CO_070.PDF#page=59>.

(99) Datos correspondientes a noviembre de 2012 (<www.empleo.gob.es>).

han amortiguado el crecimiento, que llegó a ser del 5,8% en julio. En definitiva, todo ello ha permitido a la Seguridad Social aguantar la presión sobre los ingresos —otra cosa son los gastos— a costa, como veremos, del sacrificio de las cuentas del SPEE.

Pese a que la evolución de los gastos —en particular, de la partida correspondiente a las pensiones de jubilación, que es la más importante— resulta en principio más fácil de anticipar al menos en el corto plazo, el desfase presupuestario ha sido aquí mucho más notable. La clave estriba en que el Presupuesto de la Seguridad Social para 2012 preveía un crecimiento del gasto en pensiones del nivel contributivo del 2,89%, una cifra muy baja por las siguientes razones⁽¹⁰⁰⁾.

Sólo la «revalorización» del 1% de las pensiones a principio de año consumiría una parte de ese incremento. Pero a ello hay que añadir una imparable tendencia creciente del número de pensionistas: un incremento del 1,5% interanual en noviembre de 2012 (1,9 si atendemos a las pensiones de jubilación) que se magnifica por el efecto sustitución⁽¹⁰¹⁾. El resultado es que el gasto en pensiones contributivas ha crecido un 4,39% hasta el mes de noviembre.

Aunque con menor importancia cuantitativa, la desviación es también llamativa en la previsión de gasto por las prestaciones de incapacidad temporal. Frente a la llamativa reducción del 17,3% anticipada por el Presupuesto⁽¹⁰²⁾, la caída hasta el mes de noviembre de 2012 —lógica por el descenso del número de afiliados y en línea con la política de contención de los últimos años— apenas supera el 12%.

Pero además debe llamarse la atención sobre dos modificaciones normativas que van a servir para mitigar el desequilibrio de las cuentas de la Seguridad Social al cierre del ejercicio de 2012, pero que revelan los problemas estructurales que trae aparejada la caída del número de afiliados o, dicho de otra forma, el fracaso de la política económica en materia de empleo.

De una parte, la LPGE 2012 modificó la regulación sobre el Fondo de Prevención y Rehabilitación, el cual se nutre de los excedentes generados por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional en la gestión de las contingencias profesionales. Así, la Disposición Final 27.^a cambió el tenor del artículo 73.2 LGSS estableciendo que «... la Tesorería General de la Seguridad Social podrá disponer de los fondos depositados en la cuenta del Fondo de Prevención y Rehabilitación, hasta su uso definitivo, para atender a los fines propios de la Seguridad Social», y precisando que «... entre estos fines están las posibles necesidades transitorias de tesorería»⁽¹⁰³⁾. Esta habilitación llevó al Gobierno a agotar prácticamente los recursos acumulados en el citado Fondo para hacer frente a la doble mensualidad —ordinaria y extra— del mes de julio⁽¹⁰⁴⁾.

(100) Debe tenerse en cuenta que el incremento medio del gasto en pensiones desde 2003 se sitúa en el 6,4%, si bien en los últimos años se ha ido moderando (3,95% en 2011, año en el que —no se olvide— no se revalorizaron las pensiones contributivas, excluidas las mínimas).

(101) Téngase en cuenta, a modo de ilustración, que la pensión media de jubilación ha pasado de 921,73 a 953,70 euros mensuales de agosto de 2011 al mismo mes de 2012 (<www.empleo.gob.es>).

(102) El gasto previsto era de 5.799,21 millones de euros.

(103) Véase al respecto: *Orden ESS/1445/2012, de 2 de julio, por la que se determinan las condiciones para la disposición de los fondos depositados en la cuenta especial del Fondo de Prevención y Rehabilitación*.

(104) Según declaraciones del Secretario de Estado de Seguridad Social, Tomás Burgos (ver *Cinco Días*, 4 de septiembre), en el mes de julio se destinaron 4.400 millones del Fondo de Prevención para el pago de las pensiones. En

De otra, también ha sido objeto de modificación la normativa sobre el Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Ya en septiembre de 2012 se autorizó la disposición de 3.063 millones de euros consignados en el citado Fondo, el máximo permitido entonces⁽¹⁰⁵⁾. Pero a la vista del deterioro de las cuentas por la creciente desviación presupuestaria, el *Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social* suspende la aplicación de ese límite máximo —3%— durante los ejercicios 2012, 2013 y 2014 y autoriza la disposición de activos hasta una cuantía «... equivalente al importe del déficit por operaciones no financieras que pongan de manifiesto las previsiones de liquidación de los presupuestos de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social...» (artículo 1 y Disposición Adicional 1.^a del citado RDL 28/2012).

Algo similar ha sucedido con el Presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal que, como organismo autónomo, también se integra en el ámbito de los Presupuestos Generales del Estado consolidados. En concreto, se preveía que el gasto en prestaciones en 2012 alcanzaría la cifra de 28.503 millones de euros, lo que suponía un decremento de 1.637 millones respecto de 2011, esto es, un descenso del 5,4 %. Sin embargo, la evolución del gasto hasta el mes de noviembre ha sido bien distinta: se ha producido una significativa desviación, pues el gasto en prestaciones ha crecido en 7,38% en términos anuales y ello a pesar de que algunas de las medidas previstas en el RDL 20/2012 para la reducción del gasto ya han comenzado a aplicarse. El resultado es que el mismo RDL 28/2012 concede un suplemento de crédito en el presupuesto del Ministerio de Empleo y Seguridad Social por cuantía de 4.295 millones de euros para la atención de las prestaciones por desempleo (Disposición Adicional 3.^a).

Por todo ello, el ejercicio 2012 puede calificarse de muy negativo en términos presupuestarios. Sin entrar aquí en la valoración de las políticas que han conducido a esta situación, hay que criticar duramente la elaboración de unas cuentas que de antemano se sabían desviadas. En un momento tan delicado para nuestro país como el actual, ello repercute en la falta de credibilidad del Gobierno y genera una enorme incertidumbre entre los ciudadanos. Lo más grave es que, en parte, algo parecido puede ocurrir en 2013.

El Presupuesto de la Seguridad Social para 2013 tiene un grave problema de partida, cual es que se elabora a partir de la ficción de las cuentas de 2012. Y esto distorsiona todas las previsiones.

Un aspecto sin duda positivo del Presupuesto es el incremento de la aportación del Estado hasta 15.554 millones de euros (un 74% más que en 2012), con el objetivo de financiar íntegramente los complementos para mínimos⁽¹⁰⁶⁾ y así culminar la separación

concreto, el pasado 4 de julio el Gobierno habría autorizado el uso de dos partidas de 1.700 millones cada una, mientras que el 24 de julio habría hecho lo mismo con otras dos partidas de 500 millones.

(105) El artículo 4 de la *Ley 28/2003, 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social*, se refiere a la posibilidad de disponer de activos del Fondo sólo en «... situaciones estructurales de déficit» —las cuales se concretan en «... un resultado negativo durante tres semestres consecutivos...», según el artículo 3.2 del Real Decreto 337/2004, 27 de febrero, por el que se desarrolla aquella Ley— y con un límite máximo del 3% de la cuantía correspondiente a las pensiones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión.

(106) El artículo 15.Dos LPGE 2013 prevé una aportación del Estado por este concepto de 7.895 millones de euros.

de fuentes de financiación. Pero quizá este incremento de los recursos que sitúa el presupuesto inicial de ingresos no financieros en 125.682 millones de euros (un 4,8% más que la referencia inicial para 2012) ha llevado a subestimar la caída de las cotizaciones sociales (-0,4%). Es cierto que, como se ha visto, se incrementa en 5 puntos la base máxima de cotización, pero no parece que esto sea suficiente para compensar la pérdida de cotizantes que previsiblemente se va a producir en 2013, dadas las estimaciones de caída de la actividad económica⁽¹⁰⁷⁾.

Por lo que se refiere a los gastos, el presupuesto no financiero asciende a 125.799 millones de euros, lo que representa un crecimiento del 5%. Es una estimación más realista: el gasto en pensiones contributivas se eleva un 4,3% y el de las pensiones no contributivas, completamente desfasado en 2012, sube un 24,1%. El problema es que, como se apuntaba más arriba, queda desvirtuado por los cálculos del Presupuesto de 2012.

Otro tanto sucede con la partida presupuestada para la política de desempleo. Se prevé un gasto de 26.994 millones de euros, que representa una disminución del 6,3%. Por mucho que el RDL 20/2012 introdujera medidas restrictivas de la acción protectora del desempleo (nivel contributivo, nivel asistencial y la renta activa de inserción), esta última cifra porcentual es más que cuestionable. La razón fundamental es que el número de desempleados va a seguir aumentando en 2013 como consecuencia de la caída —más moderada, se supone— del PIB, con la particularidad de que, a la vista de la evolución del mercado de trabajo desde 2010 —y especialmente tras la reforma laboral aprobada por Real Decreto-ley 3/2012, luego convertido en Ley 3/2012—, muchos de los afectados serán trabajadores con contrato indefinido⁽¹⁰⁸⁾, lo que tendrá una incidencia en el gasto correspondiente al nivel contributivo.

Pero si tenemos en cuenta que el gasto en desempleo en 2012 va a ser superior a los 33.000 millones de euros —tal es la razón del suplemento de crédito autorizado por el RDL 28/2012—, entonces la pretendida bajada del gasto en prestaciones sería de alrededor del ¡18%! , una previsión que parece muy poco realista⁽¹⁰⁹⁾.

Por todo ello, y como apunte final, cabe señalar que el impacto que la crisis económica y la destrucción de empleo está teniendo en términos de afiliación a la Seguridad Social y de aumento del número de desempleados se traduce en un deterioro progresivo de las cuentas del sistema. Aunque ese desequilibrio tiene lógicamente un fuerte componente coyuntural, existe un riesgo cierto de que sea utilizado para dismantelar una parte significativa de los mecanismos de provisión de bienestar social. Los Reales Decretos-leyes 20 y 28/2012 (y lo que anticipa el RDL 29/2012 en materia de jubilación anticipada) son buenas muestras de ello.

(107) Según el *Libro Amarillo del Proyecto de Presupuestos Generales del Estado 2013*, las cotizaciones de empresas y trabajadores ocupados se incrementarán un 1,6% (difícilmente compatible con la evolución del empleo) y, en cambio, la de los desempleados descenderán un 19,9%, una cifra que quiere apoyarse en los recortes introducidos por el RDL 20/2012 pero que parece claramente excesiva ante el incremento del número de desempleados.

(108) Véase el interesantísimo análisis realizado en este sentido por: DEL POZO SEN, A., «Nunca lo indefinido fue tan efímero», 29 de octubre de 2012 (<www.economistasfrentealacrisis.com>).

(109) Sin necesidad de destacar más datos sobre partidas concretas, resulta llamativo que la aportación del Estado al presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal en 2013 ascienda a 10.384 millones de euros cuando la presupuestada inicialmente en 2012 —antes por tanto del suplemento de crédito— era de 13.307 millones.

PRIMER INTENTO DE MEJORA EN LA GESTIÓN DEL SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DE HOGAR POR RDL 29/2012, DE 28 DE DICIEMBRE

JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Miguel Hernández

RESUMEN

Primer intento de mejora en la gestión del sistema especial para empleados de hogar por RDL 29/2012, de 28 de diciembre

Como en cualquier novedad que se refiere a la normativa de Seguridad Social, este primer año de aplicación del Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General presenta algunas anomalías que se han tratado de superar, fundamentalmente mediante la incorporación de dos cambios: El primero afecta a la cotización, mediante la reducción de tramos en la escala de bases de cotización prevista para este colectivo en función de la retribución del empleado de hogar. El segundo, es la posibilidad (en caso de acuerdo) de que el empleado de hogar sea quien formalice los actos administrativos que se refieran a sus movimientos relativos a la Seguridad Social (afiliación, alta, baja, variación de datos y cotización), en lugar del empleador en los casos de contratos de trabajo inferiores a 60 horas al mes. Naturalmente, no basta con conocer al detalle estos cambios realizados por el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, que se analizarán en el presente estudio, interesa sobre todo profundizar en los efectos que tales cambios recaerán sobre el empleado de hogar y su empleador, y a la vista de los mismos alcanzar las correspondientes reflexiones acerca de la oportunidad de las novedades incorporadas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar. Tarea que con gusto asume el autor en las siguientes páginas.

Palabras clave: Seguridad Social, sistema especial, empleados de hogar, cotización.

ABSTRACT

First attempt to improve the Special System for Domestic Employees by RDL 29/2012, of 28 December

As with any new developments concerning Social Security legislation, this first year of the Special Scheme for Domestic Workers General Regime presents some anomalies that have been tried to overcome, mainly by incorporating two changes: The first affects to inquiry, by reducing the scale lengths contribution bases scheduled for this group in terms of remuneration of the employee home. The second is the possibility (if agreed) that the household employee who is formalized administrative acts relating to his movements on Social Security (affiliation, register, unsubscribe, change and quotation), in place the employer in cases of employment contracts of less than 60 hours a month. Naturally, not enough to know the details of these changes made by Royal Decree-Law 29/2012, of 28th December, which will be analyzed in this study, further particularly interested in the effects that such changes will fall on the employee's home and your employer, and in view of these reach the corresponding reflections about the timing of the new features incorporated in the Special Scheme for Domestic Workers. Task gladly assumes the author in the following pages.

Keywords: Social Security, Special Scheme, Domestic workers, Social Security contributions.

Fecha de recepción: 31/1/2013.

Fecha de aceptación: 31/1/2013.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. ASPECTOS RELEVANTES DE CARÁCTER FORMAL.
 - A) **Otras cuestiones formales.**
 2. CAMBIOS EN LA COTIZACIÓN.
 - A) **Reducción de tramos y bases de cotización a la mitad.**
 - B) **Cotización en 2013.**
 - a) Domiciliación del pago de cuotas.
 - C) **Una situación anómala: empleados de hogar en situación de alta, procedentes del extinguido Régimen Especial de Empleados de Hogar y no integrados en el Sistema Especial para Empleados de Hogar.**
 - a) Bases y tipos.
 - b) Contingencias profesionales.
 3. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADO DE HOGAR EN JORNADAS INFERIORES A 60 HORAS MENSUALES.
 - A) **El titular del hogar familiar y su consideración como empresario.**
 - B) **Especialidades en la prestación de servicios inferior a 60 horas mensuales.**
 - a) Afiliación, alta, baja, variación de datos y cobertura por contingencias profesionales.
 - a') Variaciones de datos.
 - b') Contingencias profesionales.
 - b) Cotización a la Seguridad Social.
 - a') Cotización durante la percepción de prestaciones.
 - b') Cotización por contingencias profesionales.
 4. REFLEXIÓN FINAL.
-

INTRODUCCIÓN

Viéndose a principios de octubre de 2012 que los primeros resultados del desembarco del Régimen Especial de Empleados de Hogar —a través de la integración en forma de Sistema Especial—, en el Régimen General de la Seguridad Social, arrojó datos poco halagüeños, los responsables del Ministerio de Empleo y Seguridad Social se han puesto manos a la obra para intentar realizar algunos cambios que palien en cierta medida «la existencia de

PRIMER INTENTO DE MEJORA DEL SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DE HOGAR

algunas anomalías en su funcionamiento que motivan la necesidad de introducir mejoras en su configuración jurídica»⁽¹⁾.

Resumidamente, tales problemas son de dos clases: técnicos, en el que sobresale el incremento de altas en el nuevo sistema especial que, sin embargo no se ha visto acompañado de un incremento en la recaudación, lo que en estos tiempos resulta ciertamente preocupante⁽²⁾.

El otro problema es de gestión, en el sentido de que, según parece, a los particulares que asumen el papel de empleadores —la mayoría de las veces alejados de la práctica de gestiones administrativas y, en ocasiones personas dependientes, con carencias físicas o psíquicas—, les resulta complicado hacerse cargo de la burocracia que lleva consigo la ocupación de una empleada de hogar, en particular con la normativa derivada de la vertiente laboral a causa de su contrato de trabajo regulado por *Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar*, y sobre todo la que afecta a la Seguridad Social de la trabajadora, según la disposición adicional 39.^a de la importantísima *Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*, que regula la integración del Régimen Especial de Seguridad Social de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social. Y éste, parece que es el aspecto al que se ha querido dar solución, en particular respecto a empleados de hogar con jornadas inferiores a 60 horas al mes.

Siento decir de antemano, en una primera impresión de las modificaciones plasmadas en el *Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección*

(1) Preámbulo del *Real Decreto-ley 29/2012, de 28 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*.

(2) En el amplio *Informe sobre el balance de la integración de los trabajadores del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Sistema Especial para Empleados de Hogar en el Régimen General*, en: <<http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadesocial/detalle/1770>>, elaborado en el marco del Pacto de Toledo, se señala como conclusiones que, si comparamos la situación anterior a la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar con la situación que tenemos al finalizar el periodo transitorio podemos realizar algunas consideraciones:

- Se ha producido un incremento del número de empleados de hogar afiliados al sistema de la Seguridad Social (el 28,31%), sin que ello suponga una mayor recaudación para el Sistema.
- La disminución recaudatoria entre enero y julio de 2012 (periodo en el que ya está funcionando el nuevo Sistema Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General) respecto a enero-julio de 2011 (aún existía el extinto modelo) es de 12,59 millones de euros, es decir, un -3,95%.
- Proyectando los datos del estudio a un año (doce meses), la pérdida de la recaudación estaría en torno a los 63 millones de euros.
- A este efecto habría que sumar el coste futuro en prestaciones y los costes de gestión para los empleadores.
- El descenso de las bases de cotización, por el escaso número de horas que constan en un gran número de contratos, implica una menor base media mensual, inferior en más de un 30% a la base vigente en el año anterior, y en consecuencia una importante caída de la recaudación, que absorbe incluso el incremento derivado del gran número de nuevas altas.
- A nivel global, las bases de cotización elegidas por los trabajadores son, por un lado, la máxima en más de un 36% de los casos, y las mínimas (inferior a 243,16 €) en otro 32% de los supuestos.
- Se ha verificado un comportamiento divergente entre el número medio de horas semanales trabajadas por los empleados de hogar tras la integración; generalmente, o son menos de 20, o son 40 horas, elección asociada sin duda al tipo de trabajador acogido a ellas (discontinuo o continuo).
- El número de trabajadores con un solo empleador supera el 85%, y sólo el 5,66% de los trabajadores tiene dos o más empleadores.

social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social (en adelante RDL 29/2012), que tales cambios no solo no parece que resolverán las «anomalías» reconocidas en el preámbulo del decreto ley y que se han puesto de manifiesto en el corto recorrido de aplicación del nuevo sistema especial, sino que crearán otros nuevos que harán más compleja la ya de por sí enredada regulación en esta materia, y a los que se hará referencia en el presente análisis.

Por el contrario se observan otras virtudes que a mi entender acompañan a la nueva regulación, si bien se trata de aspectos más bien formales que en todo caso facilitarán en un futuro, más bien cercano, otros cambios que sin duda sustituirán a las que aparecen en este primer intento del RDL 29/2012.

1. ASPECTOS RELEVANTES DE CARÁCTER FORMAL

Entre los aspectos positivos que ha incorporado el RDL 29/2012 respecto a la Seguridad Social de los empleados de hogar resalta, en primer lugar, la forma en que se han llevado a cabo tales cambios. Me explicaré. En lugar de crear una nueva norma con el correspondiente articulado, lo que hubiera supuesto un sobreañadido a las abundantes normas sobre Seguridad Social, el decreto-ley se ha limitado con acierto a modificar o incorporar las nuevas medidas en normas preexistentes y que constituyen en realidad los pilares sobre los que se sostiene la regulación del sistema de la Seguridad Social.

Así, se modifican preceptos que contienen cambios como la disposición adicional 39.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social; el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero; el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre; o el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

Con ello se frena de alguna manera la vorágine en la creación de nuevas normas que regulan la Seguridad Social de los empleados de hogar. Además, se ha realizado de forma ordenada, colocando las nuevas medidas en la ubicación adecuada de cada norma.

Otro aspecto de interés es el que se refiere a la posible, y me atrevo a decir que más que probable, próxima modificación de los cambios operados por el RDL 29/2012, dado que las modificaciones sobre la Seguridad Social de los empleados de hogar que realiza esta norma afectan a preceptos reglamentarios de rango inferior al decreto-ley, como son los decretos.

Quizá por ello, se prevé que tales modificaciones no queden blindadas, y puedan volverse a modificar por un decreto, pues al haber sido modificadas por una norma con rango de ley como es el RDL 29/2012, para volverlas a modificar haría falta otra norma al menos de igual rango, por eso la disposición final quinta de este precepto se anticipa a este problema y prevé que «las determinaciones incluidas en normas reglamentarias que son objeto de modificación por este Real Decreto-ley podrán ser modificadas en el futuro por normas del rango reglamentario correspondiente a la norma en que figuran».

PRIMER INTENTO DE MEJORA DEL SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DE HOGAR

En suma, en el caso de posteriores modificaciones realizadas en los reglamentos antes citados no será necesario para volver a modificar los cambios operados por el RDL 29/2012 una norma con rango de ley, bastando la norma reglamentaria que los desarrolle, que en el presente caso, salvo la disposición adicional 39.^a de la Ley 27/2011, son los decretos antes mencionados.

A) Otras cuestiones formales

Con objeto de llevar un mayor control, se prevé que en las solicitudes de alta en el Sistema Especial para Empleados de Hogar deberán figurar, además de los datos establecidos con carácter general, los siguientes⁽³⁾:

- El código de la cuenta de la entidad financiera en la que ha de domiciliarse el pago de la cotización.
- Los datos correspondientes al tipo de contrato de trabajo y al contenido mínimo de este, consistente en el número de horas de trabajo semanales, en el importe del salario pactado, tanto por hora realizada como mensual, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.
- En su caso, el importe del salario mensual acordado en especie.
- Existencia o no de pacto de horas de presencia y/o de horas de pernocta, junto con la retribución por hora pactada.

La norma especifica que tales datos deben figurar con independencia de que sea el empleador o el empleado⁽⁴⁾ quien formule la solicitud de alta en el Sistema Especial para Empleados de Hogar.

2. CAMBIOS EN LA COTIZACIÓN

La normativa básica que afecta a los empleados de hogar, en materia de Seguridad Social, se encuentra regulada en la disposición adicional 39.^a de la Ley 27/2011, que fue la encargada de regular la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General, a través de la creación de un Sistema Especial que inició su andadura el 1 de enero de 2012.

No es este el lugar de analizar la regulación exhaustiva sobre el sistema especial de los empleados de hogar, gustosa tarea que asumí en su momento en anteriores publicacio-

(3) Según apartado 2 párrafo quinto del art. 43 del RD 84/1996, de 26 de enero, en la redacción del artículo 2.Cuatro del RDL 29/2012.

(4) Se trata de una de las novedades a las que se aludirá detenidamente, consistente en la posibilidad de que, a partir de 1 de abril de 2013, sea el propio empleado, en lugar del empleador, quien asuma la responsabilidad de formular el alta, baja o variación de datos y de cotizar en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, en contratos de trabajo de menos de 60 horas al mes, y siempre que haya acuerdo entre ambas partes.

nes⁽⁵⁾, sino más bien, presuponiendo su conocimiento, procede más bien el examen de lo que ha cambiado, las razones que lo han motivado y si esos cambios realizados por el RDL 29/2012 mejorarán la regulación de este singular colectivo, que es en definitiva lo que realmente afecta a quienes dedican su labor profesional al asesoramiento laboral de empleadores y empleados de hogar en este caso. Pero también interesa al paciente investigador que se preocupe por mejorar la normativa para que sea más eficaz y la gestión más sencilla.

A) Reducción de tramos y bases de cotización a la mitad

Con sorpresa se observa que de los quince tramos establecidos para 2012, en función de la retribución percibida por el trabajador, a los que se les aplica una sola base de cotización por cada tramo⁽⁶⁾, no solo no se amplían a los dieciséis tramos⁽⁷⁾ que preveía la disposición adicional 39.ª 2.a) 2.º de la Ley 27/2011 para el año 2013, sino que estos se ven reducidos a la mitad (8 tramos⁽⁸⁾).

Desde luego, tal cambio puede responder a un deseo de «simplificar» las bases de cotización, como señala el preámbulo del RDL 29/2012, y puede ser útil a efectos de gestión de la Seguridad Social, pero en modo alguno sirve para «equilibrar» las bases ni creo —como se afirma en el citado preámbulo— que se avance en el «paulatino proceso de acercamiento en la forma de determinación de tales bases de acuerdo con las normas aplicables en el Régimen General», precisamente, porque al establecer menores tramos, según la retribución del trabajador, es obvio que las bases estarán más alejadas de la realidad, en la mayoría de los casos, como trataré de demostrar.

De hecho, como puede observarse en las tablas adjuntas, en la correspondiente a 2012 los intervalos de cada tramo son aproximadamente de 50 euros, mientras que la nueva tabla que se aplica a partir de 2013 los eleva a 100 euros aproximadamente.

ESCALA – AÑO 2012

Tramo	Retribución mensual	Base de cotización
1.º	Hasta 74,83 €/mes	90,20 €/mes
2.º	Desde 74,84 €/mes hasta 122,93 €/mes	98,89 €/mes
3.º	Desde 122,94 €/mes hasta 171,02 €/mes	146,98 €/mes

(5) A este respecto pueden consultarse algunos de mis trabajos más recientes como: «Aspectos prácticos de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social a partir de 2012». *Diario La Ley*, núm. 7745, lunes, 28 de noviembre de 2011; «Formas de acceso al Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 99, 2012.

(6) Es decir, en 2012 se aplicaron hasta 15 bases de cotización diferentes.

(7) El citado tramo 16.º de la escala se preveía para retribuciones superiores a la base mínima del Régimen General establecida para 2013, y hubiera correspondido a la base del tramo 15.º incrementada en un 5%, según disposición adicional 39.ª 2.a), condición 2.ª, de la Ley 27/2011.

(8) Según disposición adicional 39.ª, apartado 2.a), condición 2.ª, de la Ley 27/2011, en la redacción del art. 1 del RDL 29/2012.

PRIMER INTENTO DE MEJORA DEL SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DE HOGAR

Tramo	Retribución mensual	Base de cotización
4.º	Desde 171,03 €/mes hasta 219,11 €/mes	195,07 €/mes
5.º	Desde 219,12 €/mes hasta 267,20 €/mes	243,16 €/mes
6.º	Desde 267,21 €/mes hasta 315,30 €/mes	291,26 €/mes
7.º	Desde 315,31 €/mes hasta 363,40 €/mes	339,36 €/mes
8.º	Desde 363,41 €/mes hasta 411,50 €/mes	387,46 €/mes
9.º	Desde 411,51 €/mes hasta 459,60 €/mes	435,56 €/mes
10.º	Desde 459,61 €/mes hasta 507,70 €/mes	483,66 €/mes
11.º	Desde 507,71 €/mes hasta 555,80 €/mes	531,76 €/mes
12.º	Desde 555,81 €/mes hasta 603,90 €/mes	579,86 €/mes
13.º	Desde 603,91 €/mes hasta 652,00 €/mes	627,96 €/mes
14.º	Desde 652,01 €/mes hasta 700,10 €/mes	676,06 €/mes
15.º	Desde 700,11 €/mes	748,20 €/mes

ESCALA – AÑO 2013

Tramo	Retribución mensual incrementada con la proporción de pagas extraordinarias – €/mes	Base de cotización
1.º	Hasta 172,05 €/mes	147,86 €/mes
2.º	Desde 172,06 €/mes hasta 268,80 €/mes	244,62 €/mes
3.º	Desde 268,81 €/mes hasta 365,60 €/mes	341,40 €/mes
4.º	Desde 365,61 €/mes hasta 462,40 €/mes	438,17 €/mes
5.º	Desde 462,41 €/mes hasta 559,10 €/mes	534,95 €/mes
6.º	Desde 559,11 €/mes hasta 655,90 €/mes	631,73 €/mes
7.º	Desde 655,91 €/mes hasta 753,00 €/mes	753,00 €/mes
8.º	Desde 753,01 €/mes	790,65 €/mes

Si de lo que se trata es que se acerque la forma de determinar la base de cotización a la del Régimen General de forma progresiva hasta la equiparación definitiva en 2019, no parece que tenga sentido que se reduzca a solo 8 tramos o posibilidades de bases de cotización en función del salario. Me explicaré.

Se observa que la modificación en la determinación de la base de cotización adolece de falta de equidad. Así, en el caso de un trabajador con una retribución de 463 euros/mes, en

2013 se le considerará, de acuerdo con la nueva escala, una base de cotización de 534,95 euros (casi 80 euros más de su salario real), mientras que otro con 1 euro menos, es decir, con una retribución de 462 euros/mes, se le considera con una base de cotización de 438,17 euros/mes (casi 24 euros menos de su salario real)⁽⁹⁾.

Y es que resulta que, con el cambio del RDL 29/2012, por un euro de diferencia en la retribución de los empleados de hogar la base de cotización aplicable puede variar hasta casi 100 euros⁽¹⁰⁾, conforme decía anteriormente, en más o en menos. Hubiera sido mejor haberlo dejado como estaba, pues el margen ya era de importancia, de aproximadamente uno 50 euros. Ello traerá consigo, como no puede ser de otra forma, al establecer el salario del empleado, un atento estudio de los tramos para establecer aquél que resulte más favorable a efectos de cotización. Y, no nos engañemos, facilitará en ocasiones la opción de tramos que no se corresponderán con el salario en que se encuentran comprendidos, pues con el sistema que se nos ofrece no coincide necesariamente el salario real con la base de cotización asignada.

Si verdaderamente se hubiera querido aproximar o acercar las bases de cotización al salario real, como en el Régimen General, el cambio hubiera consistido en aumentar el número de tramos, no el de reducirlos, como queda patente con el ejemplo propuesto.

Quizá la razón de fondo de este cambio pueda deberse a un intento por facilitar las tareas de gestión de los servicios de la Seguridad Social; sin embargo, dados los avances en informática de la Seguridad Social, no parece ser que sea ese el motivo. Desde luego, tampoco parece que sean razones recaudatorias, pues en buena lid, si se aplica el salario real igual puede consistir en un salario que corresponda a una base de cotización mayor o a una menor. Ahora bien, una vez bien estudiado cómo funciona este sistema ya se encargarán los asesores de que el salario «real» no supere el tramo que dé lugar a encontrarse en el siguiente con una base estimablemente superior.

Entre los aspectos positivos que incorpora el RDL 29/2012, destaca la precisión de que al señalarse la retribución se incluya la parte proporcional de pagas extraordinarias.

A la vista de lo anterior, y con objeto de acercar las bases de cotización del Sistema Especial para Empleados de Hogar al común u ordinario del Régimen General, propongo, en lo que afecta a las bases de cotización, que se aplique directamente la aplicación de bases de cotización reales, igual que en el Régimen General, de acuerdo con la retribución del empleado de hogar, estableciendo un mecanismo sencillo para que el empleador pueda comunicar las variaciones de las bases de cotización, ya que se exige que se domicilien los pagos de las cotizaciones que correspondan.

Creo que sería lo más equitativo, pues con el sistema establecido por el RDL 29/2012 se puede caer en la picaresca de declarar unas retribuciones inferiores que, siendo mayores

(9) Hay supuestos ciertamente desproporcionados. Así, por ejemplo, conozco a una empleada de hogar con una retribución en 2012 de 400 euros (pagas extraordinarias incluidas), cuya base asignada era de 387,46 euros/mes. En 2013, a esa misma retribución de 400 se le asignan 438,17 euros de base de cotización, lo que supone un subida ciertamente desproporcionada. A ello se unen los incrementos a los que haré referencia.

(10) En el ejemplo concreto, por una diferencia de 1 euro en el salario la base de cotización será de 534,95 euros o de 438,17 euros, lo que parece desproporcionado.

PRIMER INTENTO DE MEJORA DEL SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DE HOGAR

en la realidad, permiten la aplicación de una base de cotización inferior a la que correspondería en la realidad. Y en cualquier caso, el propio sistema permite esa posibilidad aunque se declare la retribución real, lo que no resulta en modo alguno un sistema proporcionado, más bien al contrario.

La otra modificación es la del núm. 3.º del apartado 2.a) de la Ley 27/2011 (redacción art. 1 del RDL 29/2012), según el cual:

«Desde el año 2014 hasta el año 2018, las retribuciones mensuales y las bases de cotización de la escala se actualizarán en idéntica proporción al incremento que experimente el salario mínimo interprofesional en cada uno de esos años».

En este caso, cambia el criterio por el que se establece la elevación de las bases de cotización de cada año. De modo que:

- Si en la redacción anterior solo se actualizaban las bases de cotización asignadas según la retribución del empleado de hogar, en la nueva no solo se actualizan las bases, sino también las retribuciones mensuales⁽¹¹⁾.
- Si en la redacción anterior las bases de cotización se iban a actualizar a partir de 2013 en idéntica proporción al incremento que experimentara la base mínima de cotización del Régimen General en cada uno de los años hasta 2018, a excepción del tramo 16.º, que se hubiera incrementado en un 5% anual, con la nueva redacción tanto las retribuciones como la base de cotización se actualizarán, a partir de 2014, en idéntica proporción al incremento que experimente el salario mínimo interprofesional en cada uno de esos años.

B) Cotización en 2013

Lo anterior responde a la determinación de la base de cotización en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, pero también ha habido algunos cambios que afectan a los tipos de cotización, a la tarifa de primas por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y respecto a la obligación de domiciliar la cotización.

Desde 2013 a 2018 los tipos se elevan, según prevé el núm. 1.º del apartado 2.b) de la Ley 27/2011, en 0,90 puntos porcentuales por año, por lo que para el año 2013 se aplicará a la base de cotización que corresponda, según el anterior apartado, un 22,90%, siendo el 19,05% a cargo del empleador y el 3,85% a cargo del empleado⁽¹²⁾.

(11) Hubiera sido deseable que se precisara que se refiere a las retribuciones que se han tomado para confeccionar los intervalos de los tramos, pues podría interpretarse que se trata de la retribución del empleado de hogar, en cuyo caso la actualización no es materia de Seguridad Social y el criterio de actualización es de naturaleza laboral, figurando en el art. 8.3 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*, según el cual los incrementos salariales deberán determinarse por acuerdo entre las partes y, en su defecto, se aplicará un incremento salarial anual igual al incremento salarial medio pactado en los convenios colectivos, según la publicación de la Subdirección General de Estadística (u organismo que tenga atribuidas tales funciones) del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, del mes en que se completen doce consecutivos de prestación de servicios.

(12) Según art. 113.Cuatro.2 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. Porcentajes que se confirman en el art. 14.2 de la *Orden ESS/56/2013, de 28 de enero, por la que se de-*

Por lo que respecta a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sobre la base de cotización se aplicará el tipo de cotización previsto en la tarifa de primas para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales incluida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, siendo la cuota resultante a cargo exclusivo del empleador⁽¹³⁾.

La novedad radica en que para el año 2013 se ha vuelto a modificar la citada tarifa⁽¹⁴⁾; sin embargo, en el cuadro II letra g) se mantienen los anteriores porcentajes, de modo que por incapacidad temporal: 2,10%, y por invalidez muerte y supervivencia: 1,5%. Total: 3,60%.

Se mantiene, en principio, salvo en los casos a los que aludiré en el siguiente apartado, la reducción del 20% en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes en este Sistema Especial. Serán beneficiarios de dicha reducción los empleadores que hayan contratado, bajo cualquier modalidad contractual, y dado de alta en el Régimen General a un empleado de hogar a partir de 1 de enero de 2012, siempre y cuando el empleado no hubiera figurado en alta en el Régimen Especial de Empleados de Hogar a tiempo completo, para el mismo empleador, dentro del período comprendido entre el 2 de agosto y el 31 de diciembre de 2011. Esta reducción de cuotas se ampliará con una bonificación hasta llegar al 45% para familias numerosas, en los términos previstos en el artículo 9 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas⁽¹⁵⁾.

a) *Domiciliación del pago de cuotas*

Sobre la forma de realizar el ingreso o pago de las cotizaciones, como viene siendo de aplicación en este sistema especial, la disposición adicional octava del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio⁽¹⁶⁾, señala que «el ingreso de la cotización deberá realizarse obligatoriamente mediante el sistema de domiciliación en cuenta, abierta en una entidad financiera autorizada para actuar como oficina recaudadora de la Seguridad Social».

La norma específica, como novedad, que la modificación de la cuenta en que esté domiciliado el pago de las cuotas tendrá efectos el mismo mes en que se comunique, de formularse la comunicación entre los días 1 y 10 de cada mes, y a partir del mes siguiente a aquel en que se comunique, de formularse la comunicación entre los días 11 y último de cada mes.

sarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (BOE del 29).

(13) Según art. 14.3 de la Orden ESS/56/2013, de 28 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización.

(14) Modificación operada por la disposición final décima séptima de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

(15) Art. 113.Cuatro.4 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 y art. 14.4 de la Orden ESS/56/2013, de 28 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización.

(16) Disposición adicional octava incorporada por el art. 4.Tres del RDL 29/2012.

C) Una situación anómala: empleados de hogar en situación de alta, procedentes del extinguido Régimen Especial de Empleados de Hogar y no integrados en el Sistema Especial para Empleados de Hogar

Pese a que no vislumbro cómo puede encontrarse un empleado de hogar dado de alta en la Seguridad Social que proceda del anterior Régimen Especial y sin encontrarse integrado en el Sistema Especial, es decir, parece que en tierra de nadie, sin embargo se considera la posibilidad⁽¹⁷⁾ de empleados de hogar que, pese a la extinción del Régimen Especial de Empleados de Hogar a los seis meses de la integración en el Sistema Especial, y sin encontrarse incluidos en éste, prolongan los efectos del Régimen Especial.

Algo que no cuadra con lo establecido en la disposición adicional 39.ª4 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, si bien quizá se refiera a algún supuesto concreto de empleados de hogar que prestan sus servicios con carácter parcial y discontinuo a uno o más empleadores, en cuyo caso, si omitieron la debida comunicación a la Tesorería General de la Seguridad Social transcurridos los seis meses desde 1 de enero de 2012, quedaron excluidos del Sistema Especial, con la consiguiente baja en el Régimen General, con efectos de 1 de julio de 2012.

Al especificar que se le dará de baja en el Régimen General se confirma que, pese a mantenerse el régimen jurídico del Régimen Especial de Empleados de Hogar a partir de 1 de enero de 2012, sin embargo se consideraría al empleado integrado ya desde esa fecha en el Régimen General. Por lo que, si incumple con la obligación del comunicado, efectivamente se le considerará los seis meses de enero a junio encuadrado en el Régimen General, pero se le dará de baja en este Régimen el 1 de julio de 2012 por incumplir con su obligación de comunicado y, quizá por defecto, se entienda que late la aplicación del anterior Régimen Especial. No se me ocurre otra explicación para que se siga contemplando la regulación del Régimen Especial en las normas de cotización para 2013.

a) Bases y tipos

Sean cuáles sean las razones por las que se sigue regulando la cotización de los empleados de hogar del extinto Régimen Especial, el art. 14.5 de la Orden ESS/56/2013, de 28 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización, prevé que la base y el tipo de cotización por contingencias comunes aplicables al colectivo de empleados de hogar en situación de alta, procedentes del extinguido Régimen Especial de Empleados de Hogar y no integrados en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, serán para 2013 los siguientes:

Base de cotización: 753,00 euros mensuales.

Tipo de cotización: 22%.

Se observa que se trata de base única, característica del Régimen Especial, lo mismo que el porcentaje de siempre, del 22%, que se aplica a la citada base de cotización.

(17) Tal posibilidad se contempla en el apartado 5 del art. 14 de la Orden ESS/56/2013, de 28 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización.

Asimismo, en el caso de que, según la normativa del Régimen Especial de los Empleados de Hogar, proceda la distribución del tipo de cotización⁽¹⁸⁾, ésta se realizará de la siguiente forma: a cargo del empleador el 18,30%, y del empleado de hogar el 3,70%.

En el caso de que el empleado de hogar preste sus servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más empleadores será de su exclusivo cargo el tipo de cotización señalado anteriormente.

b) Contingencias profesionales

Con respecto a la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sobre la base de cotización vigente se aplicará el tipo de cotización previsto en la tarifa de primas actualizada por la disposición final décima séptima de la Ley 17/2012, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, de 27 de diciembre.

En este caso, la cotización por contingencias profesionales correrá a cargo exclusivamente del empleador, salvo cuando el empleado de hogar preste servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más empleadores, en cuyo caso será a cargo exclusivo de dicho empleado el pago de la cuota correspondiente⁽¹⁹⁾.

Pese a lo establecido por el art. 14.5 la Orden ESS/56/2013, de 28 de enero, sigo sin tener claro en qué supuestos sería de aplicación esta previsión.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADO DE HOGAR EN JORNADAS INFERIORES A 60 HORAS MENSUALES

Como es sabido, a partir de 1 de enero de 2012 desapareció la tradicional distinción, en lo que afecta a la responsabilidad en la solicitud de la afiliación o altas de los empleados del anterior Régimen Especial y en su cotización, de acuerdo con el tiempo de dedicación al trabajo realizado en el hogar familiar⁽²⁰⁾. Con la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el nuevo sistema especial del Régimen General se elimina esa distinción y se crea un nuevo régimen jurídico.

La sensación es que en estos supuestos en que el empleado de hogar presta sus servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más empleadores se ha echado de menos,

(18) Se refiere al caso de que los empleados de hogar presten sus servicios de manera exclusiva y permanente para un único empleador.

(19) Según art. 14.4 de la Orden ESS/56/2013, de 28 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización.

(20) Es decir, en aquellos casos en que el empleado de hogar prestaba sus servicios para un solo cabeza de familia, en su casa, durante un tiempo igual o superior a ochenta horas de trabajo efectivo al mes, el cabeza de familia era quien debía solicitar la afiliación, altas y bajas.

En cambio, era el propio empleado de hogar quien procedía a la solicitud del alta en el anterior Régimen Especial de Empleados de Hogar, si prestaba servicios de forma parcial o discontinua para uno o varios cabezas de familia, cuando los servicios que prestara tuvieran una duración mínima de setenta dos horas al mes, efectuadas, al menos, durante doce días en cada mes.

PRIMER INTENTO DE MEJORA DEL SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DE HOGAR

sobre todo por estos últimos, durante el primer año de aplicación del Sistema Especial, el anterior funcionamiento del Régimen Especial, que preveía la posibilidad de que la obligación y la responsabilidad, tanto de alta en la Seguridad Social como de la cotización del empleado de hogar, fuera exclusiva del propio empleado⁽²¹⁾.

Además, el sistema especial implantado ha supuesto, como se vaticinó por la doctrina, una proliferación de Códigos de Cuenta de Cotización, pues se le asigna uno a cada empleador que contrate a tiempo parcial a un mismo empleado de hogar⁽²²⁾, mientras que en el extinto Régimen Especial de Empleados de Hogar bastaba el alta del empleado una sola vez, al estilo del mecanismo de alta de los trabajadores autónomos, a los que solo se les exige darse de alta una sola vez por la realización de dos o más actividades por cuenta propia que den lugar a su encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

Como se decía al principio, la nueva normativa de aplicación ha creado nuevos problemas de proliferación de contratos, de reducción de ingresos por cotización, y de gestión por parte de las familias.

Reconozco que tenía esperanzas de recobrar de alguna forma esa anterior regulación de los empleados de hogar que asumían por completo las obligaciones en materia de Seguridad Social (alta y cotización) en aquellos supuestos de jornadas reducidas. De hecho se esperaba con expectación el régimen jurídico que se iba a aplicar en estos supuestos, pensando en muchos empleadores que por motivos económicos, y por no querer perderse en el maremagno de las gestiones de sus empleados, les dan la alternativa entre olvidarse de la Seguridad Social o el cese del empleado.

Pues bien, la reforma intenta resolver —a partir de 1 de abril de 2013⁽²³⁾— uno de estos aspectos en los contratos de trabajo con jornadas inferiores a 60 horas al mes. Concretamente el que se refiere a la gestión de la Seguridad Social que corresponde a los empleados de hogar.

Se decía que el nuevo sistema era demasiado complicado de tramitar para los empleadores. Pues bien, se ha reformado, posibilitando que sea el empleado el que se responsabilice de las gestiones, siempre que exista acuerdo entre ambas partes. Eso sí, manteniendo las obligaciones en cuanto al pago de las cotizaciones que corresponden al empleador, y sin que además pueda aplicar la bonificación prevista en estos primeros años.

Para quienes no están familiarizados con estas materias no resultará fácil su interpretación, que traslada toda la gestión al empleado en caso de acuerdo, en contra de uno de los principios básicos que se refieren al sujeto responsable de la obligación de cotizar que se

(21) Responsabilidad similar al trabajador autónomo, respecto al Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

(22) *Cfr.* MARTÍNEZ LUCAS, J.A., «El Sistema Especial de Seguridad Social para Empleados de Hogar», *Actualidad Laboral*, núm. 21-22, diciembre de 2011, p. 2467.,

(23) Según los artículos 2.Tres y 3 apartados Uno y Dos, del RDL 29/2012, que afectan, respectivamente, a las modificaciones del art. 43.2 del RD 84/1996, de 26 de enero, y a los arts. 11.1 y nuevo 34 bis del RD 2064/1995, de 22 de diciembre.

contiene en el art. 104 LGSS⁽²⁴⁾, según el cual «el empresario (empleador) es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores en su totalidad».

A continuación se analizará el concreto régimen jurídico que resulta de esta minirreforma del sistema especial en lo que afecta solamente a los contratos de trabajo con jornadas inferiores a 60 horas mensuales.

A) El titular del hogar familiar y su consideración como empresario

Como consecuencia de la desaparición del Régimen Especial de Empleados de Hogar, es preciso realizar algunas correcciones normativas. De ese modo, se añade un nuevo ordinal 7.º al apartado 1 del art. 10 del Real Decreto 84/1996⁽²⁵⁾, de 26 de enero, que incluye el Sistema Especial para Empleados de Hogar en el Régimen General, trasladándose a este número 7.º el contenido del suprimido apartado 3 del art. 10 de la citada norma, que se refería al Régimen Especial de Empleados de Hogar.

Concretamente, el ordinal 7.º citado dispone que en el Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social tendrá la consideración de empresario el titular del hogar familiar, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos. Cuando esta prestación de servicios se realice para dos o más personas que, sin constituir una familia ni una persona jurídica, convivan en la misma vivienda, asumirá la condición de titular del hogar familiar la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación de tales personas, que podrá recaer de forma sucesiva en cada una de ellas.

En suma, se considera al titular del hogar familiar como empresario en las mismas condiciones que en el anterior Régimen Especial de Empleados de Hogar.

B) Especialidades en la prestación de servicios inferior a 60 horas mensuales

Los cambios que afectan solo a los contratos de trabajo con jornadas inferiores a 60 horas mensuales, se reflejan en los correspondientes reglamentos de desarrollo, afectando tanto a los diversos aspectos de incorporación y movimientos como a la forma de cotizar en la Seguridad Social.

Por lo que se refiere a los efectos de aplicación y vigencia, debe tenerse en cuenta que esta novedosa posibilidad tiene efectos desde el 1 de abril de 2013.

Y por lo que respecta a quienes ya se encuentran prestando servicios en jornada inferior a 60 horas mensuales, también podrán asumir el cumplimiento de las obligaciones en materia de encuadramiento, cotización y recaudación en dicho sistema, de acordarlo así

(24) Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

(25) Pasan los anteriores apartados 4 y 5 a ser los apartados 3 y 4. Asimismo se suprimen del Registro de empresarios, según los ordinales 2.º y 5.º del apartado 1 del art. 16 del RD 86/1996, el Régimen Especial Agrario y el Régimen Especial de Empleados de Hogar.

PRIMER INTENTO DE MEJORA DEL SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DE HOGAR

con sus empleadores, y surtirá efectos a partir del día primero del mes siguiente al de su comunicación a la Tesorería General de la Seguridad Social, mediante documento firmado por ambas partes, correspondiendo desde entonces a los empleados de hogar el cumplimiento de las referidas obligaciones.

La contrapartida es que los beneficios en la cotización a favor de los empleadores de hogar no resultarán de aplicación en el supuesto en que los empleados de hogar que presten servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador asuman el cumplimiento de las obligaciones en materia de encuadramiento, cotización y recaudación en dicho sistema especial⁽²⁶⁾.

Se refiere implícitamente a la reducción de la cotización del 20% en los términos de la disposición transitoria única de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que puede ampliarse incluso con una bonificación hasta llegar al 45% para familias numerosas⁽²⁷⁾.

a) Afiliación, alta, baja, variación de datos y cobertura por contingencias profesionales

En principio, si nada se acuerda entre el empleador y el empleado de hogar, en los casos en que la prestación de servicios sea inferior a 60 horas la obligación de solicitar la afiliación, en su caso, el alta, baja o las variaciones de datos en la Seguridad Social del trabajador corresponde al empleador, según los arts. 24.1 y 29.1 del RD 84/1996, de 26 de enero, en relación con el art. 13.2 de la LGSS. Y así será en todo caso, al menos hasta el 31 de marzo de 2013.

A partir de 1 de abril de 2013 entra en vigor el polémico apartado 2 del art. 43 del RD 84/1996, de 26 de enero⁽²⁸⁾, según el cual «los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social que presten sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador, deberán formular directamente su afiliación, altas, bajas y variaciones de datos cuando así lo acuerden con tales empleadores⁽²⁹⁾. No obstante, estos últimos también podrán presentar la solicitud de baja en caso de extinción de la relación laboral». Este aspecto es similar a las bajas del Régimen General, en el sentido de que no se exige la firma del trabajador en las bajas de la Seguridad Social⁽³⁰⁾.

(26) Según la disposición adicional segunda del RDL 29/2012.

(27) Más explícitamente, el art. 14.4 último párrafo de la Orden ESS/56/2013, de 28 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización, señala: «Con efectos de 1 de abril de 2013, los beneficios en la cotización consistentes tanto en reducciones en la cotización a la Seguridad Social a cargo del empleador, como en bonificaciones de cuotas a cargo del mismo, no serán de aplicación en los supuestos en que los empleados de hogar que presten sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador asuman el cumplimiento de las obligaciones en materia de encuadramiento, cotización y recaudación en dicho sistema especial, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 29/2012, de 29 de diciembre, de mejora de la gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social».

(28) Incorporado por el artículo 2.Cuatro del RDL 29/2012.

(29) A este respecto, «las solicitudes de alta, baja y variaciones de datos presentadas por los empleados de hogar que hayan asumido la obligación de formular esos actos de encuadramiento también deberán ir firmadas, en todo caso, por sus empleadores» (art. 43.2, párrafo tercero, del RD 84/1996).

(30) Según art. 30.4 del RD 84/1996, de 26 de enero.

Se incorpora así el nuevo apartado 2 del art. 43 RD 84/1996 como una especialidad dentro de las particularidades de determinados colectivos integrados en el Régimen General, cuando quizá podía haberse incluido en el punto 4.º del apartado 1 por incluir normas especiales.

En cualquier caso, dos cuestiones merecen ser resaltadas: por un lado, la necesidad de la existencia de acuerdo entre empleador y empleado para que este asuma la responsabilidad de asumir la gestión de tramitar los movimientos en la Seguridad Social del propio trabajador, y por otro que, al igual que el empleado, también deberá firmar todas las solicitudes que supongan el alta, baja o variación de datos. A resaltar, la posibilidad que le queda al empleador de dar directamente de baja al trabajador en la Seguridad Social.

a') Variaciones de datos

Por lo que respecta a «las variaciones de datos que determinen o permitan un cambio del sujeto responsable del cumplimiento de las obligaciones, y de la consiguiente obligación de cotizar al Sistema Especial para Empleados de Hogar, surtirán efecto a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que se efectúe su comunicación»⁽³¹⁾.

Debe entenderse que los efectos de la variación de datos a la que se alude se refiere exclusivamente a la comunicación del cambio de responsabilidad en la realización de las gestiones o, si se quiere entender mejor, una permuta en la responsabilidad de las obligaciones de dar de alta, de baja e incluso de realizar la comunicación de la variación de datos. De modo, que si la responsabilidad de asumir las citadas obligaciones era del empleador, es posible que éste comunique el acuerdo por el que tales obligaciones se trasladan al empleado y viceversa. En estos casos, precisa el decreto-ley, los efectos del cambio tienen lugar el día 1 del mes siguiente a la comunicación.

b') Contingencias profesionales

Siguiendo la misma línea de traslado en la obligación de solicitar la incorporación al sistema especial por el empleado de hogar, y con el fin de unificar todo el procedimiento de solicitudes, se establece que en tales casos de acuerdo entre empleador y empleado de hogar, éstos «deberán formalizar, asimismo, la cobertura de las contingencias profesionales con la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social de su elección, salvo que sus empleadores ya tuvieran aseguradas dichas contingencias respecto a otros empleados incluidos en este sistema especial, en cuyo caso la citada cobertura correspondería a la entidad gestora o colaboradora elegida por el titular del hogar familiar».

Sorprende a primera vista que sea el trabajador quien se ocupe de formular la solicitud de una cobertura tan propia de las empresas como es la que se refiere a las contingencias profesionales, sin embargo, en aras del principio de economicidad y eficacia, se establece que sea el empleado de hogar quien la formule. No tendría mucho sentido que, después de haber llegado al acuerdo de que sea el trabajador quien formule la solicitud de altas, varia-

(31) Párrafo 4.º del apartado 2 art. 43 RD 84/1996, incorporado por el artículo 2.Cuatro del RDL 29/2012.

ciones de datos, bajas, etc., quien se encargue de la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales deba ser el empleador.

Otro aspecto que merece ser comentado es la posibilidad que se le brinda al trabajador, en caso de acuerdo, de elegir libremente la cobertura, ya sea con la Entidad Gestora (INSS) o con la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Opción que me parece interesante, pues al fin y al cabo la prima que deberá abonar el empleador será la misma en cualquier caso⁽³²⁾; sin embargo, quien eventualmente hará uso de la cobertura será el trabajador, por lo que resulta lógico que sea éste quien elija la entidad que le ofrecerá la cobertura por contingencias profesionales. El único límite que se impone tiene lugar en el caso de que el empleador ya tuviera aseguradas «dichas contingencias respecto a otros empleados incluidos en este sistema especial». Previsión cuya intención parece ser que es la de evitar duplicidades en la cobertura por contingencias profesionales por parte del empleador.

No obstante, repárese que no dice el precepto que deba suscribirse la cobertura con la entidad con la que tuviera asegurada a otros empleados de hogar, ya que la libertad de cobertura se traslada al empleador, quien puede solicitar la cobertura con la entidad que desee, la que ya tenía suscrita —que será lo más frecuente—, otra nueva o incluso, si llega a un acuerdo con el trabajador, la que éste elija.

b) Cotización a la Seguridad Social

La cotización a la Seguridad Social en este Sistema Especial para Empleados de Hogar se lleva a cabo igual tanto si es a tiempo completo como a tiempo parcial, o como si la jornada es inferior a 60 horas al mes. En este caso, la única diferencia radica en que la responsabilidad del ingreso de las cotizaciones, si existe acuerdo entre empleador y empleado, será que este último deberá ingresar las cotizaciones de ambos.

A este respecto, establece el art. 34 bis.2⁽³³⁾ del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, que «el empleado de hogar que preste sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador y que hubiera acordado con este último la asunción de las obligaciones en materia de encuadramiento en este sistema especial, será el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar a dicho sistema, debiendo ingresar la aportación propia y la correspondiente al empleador o empleadores con los que mantenga tal acuerdo, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales».

Pese a las equívocas interpretaciones que se vertieron al principio de publicarse esta norma en el sentido de que el pago de las cotizaciones lo asumía el empleado, pensando

(32) En 2013: por incapacidad temporal: 2,10%, y por invalidez muerte y supervivencia: 1,5%; total: 3,60%, según disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, modificada por disposición final décima séptima de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

(33) Art. 34 bis del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, incorporado por el artículo 3.Dos del RDL 29/2012, de 28 de diciembre.

que se volvía a la regulación del Régimen Especial de Empleados de Hogar, no parece que deje ninguna duda la redacción anterior. Más gráfico resulta el siguiente párrafo al indicarse cómo ha de formalizarse la cotización del empleador, al establecer:

«En estos casos, el empleador estará obligado a entregar al trabajador, además del recibo de salarios en todo caso, la aportación y cuota que, por los días del mes en que hubiera estado a su servicio, le corresponda por las contingencias comunes y profesionales».

Hubiera sido deseable que la norma especificara un poco más (todavía lo puede precisar una norma reglamentaria) la forma de esa entrega de la cotización, pues podría figurar en el recibo oficial de salarios o bien contra un recibo firmado por el trabajador. Sin embargo, resulta ciertamente comprensible cierto temor del empresario a que su empleado se apropie de la cotización que corresponde a la cuota empresarial, por mucho que el siguiente párrafo asegure que «la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de cotizar al Sistema Especial para Empleados de Hogar en estos supuestos corresponderá al propio empleado y, subsidiariamente, al empleador o empleadores, salvo que éstos acrediten la entrega de sus aportaciones y cuotas por cualquier medio admitido en derecho».

Creo que se complica demasiado este procedimiento, cuya única finalidad es la de que sea el empleado quien asuma las responsabilidades que ordinariamente asume el empresario, con el pretexto de facilitarle las cosas con motivo del clamor surgido en 2012 a causa de la integración. Y es que, como antes decía, se distorsiona el criterio tanto tiempo asentado de que «el empresario (empleador) es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores en su totalidad» (art. 104 LGSS).

El legislador pensaba que se trataba de una cuestión de asunción de la gestión, pero lo que en el fondo gravita es un problema económico: el del pago de la cotización, y eso sigue igual, no ha cambiado, por lo que no parece que vaya a tener éxito este añadido que no hará sino enmarañar aún más, si cabe, algo que podía haberse resuelto de forma mucho más sencilla. Lo positivo es que al menos se exige acuerdo entre las partes, y por tanto no están obligados a ello.

a') Cotización durante la percepción de prestaciones

Según el art. 34 bis.3 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre⁽³⁴⁾, «durante las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social a la que corresponda el pago del respectivo subsidio descontará de éste el importe de la totalidad de la cotización a la Seguridad Social que proceda en dichas situaciones».

Como es lógico, debe entenderse que el descuento se refiere a la cuota que corresponda ingresar al trabajador.

(34) En la redacción del artículo 3.Dos del RDL 29/2012.

b') Cotización por contingencias profesionales

En lo que afecta a este Sistema Especial para Empleados de hogar, el art. 11.1 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre⁽³⁵⁾, señala que la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por parte de los empresarios, y de «los empleados de hogar *que hubieran asumido el cumplimiento de tal obligación*, en los términos establecidos en este reglamento, se efectuará mediante la aplicación de los tipos de cotización que correspondan a las actividades económicas de empresas y trabajadores y a las ocupaciones o situaciones de estos últimos, conforme a la tarifa de primas vigente».

No resulta especialmente afortunada la expresión anterior, pues podría dar lugar a pensar que los empleados de hogar puedan asumir el cumplimiento de la obligación de cotización por contingencias profesionales Y si hay algo claro es que las contingencias profesionales siempre son a cargo exclusivo del empleador.

La redacción podría dar lugar a equívocos si no fuera porque a continuación señala que esa obligación se debe realizar «en los términos establecidos en este reglamento», y a la vista del art. 34 bis.2 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, ya se dijo que el empleador estará obligado a entregar al trabajador «la aportación y cuota que, por los días del mes en que hubiera estado a su servicio, le corresponda por las contingencias comunes y profesionales».

4. REFLEXIÓN FINAL

Quien haya tenido la paciencia de ir leyendo los comentarios anteriores sobre las modificaciones operadas sobre el Sistema Especial para Empleados de Hogar habrá observado que, en esencia, dos son las novedades principales. Y las dos, a mi modesto entender, no servirán para salir del lío iniciado con las previsiones de la disposición adicional 39.^a de la Ley 27/2011.

Concretamente, la primera de ellas, consistente en la reducción de tramos a la mitad (de 16 tramos previstos para 2013 a 8 tramos), según retribución real del empleado para determinar la base de cotización, no responde ni muchísimo menos a la idea de acercar los salarios reales a la base de cotización que deberá aplicarse. Todo lo contrario, como lo demuestra el ejemplo práctico que se incluye en las anteriores páginas, la nueva escala será un instrumento que posibilitará el alejamiento de la cotización según los criterios del Régimen General.

Y, sin embargo, sorprende que el preámbulo del RDL 29/2012 afirme sin titubeo alguno que este cambio supone un avance «en el paulatino proceso de acercamiento en la forma de determinación de tales bases de acuerdo con las normas aplicables en el Régimen General».

La segunda supone un traslado de la responsabilidad en la gestión de los diversos actos administrativos de la Seguridad Social del empleado de hogar, desde el empleador —que

(35) En la redacción del artículo 3.Uno del RDL 29/2012.

es a quien le corresponde con carácter general—, al empleado, pero solo en los contratos de menos de 60 horas al mes, y con la condición de que exista acuerdo en tal sentido entre ambas partes.

Creo que es un intento fallido de responder a las críticas de los empleadores por obligarles a que realicen los trámites de contratación y de Seguridad Social de sus empleados con pocas horas de prestación de servicios, olvidándose que la razón de fondo se encuentra en la novedosa obligación del Sistema Especial, por la que los empleadores deben cotizar, inexistente en el anterior Régimen Especial.

A ello se añade, si se acordara que sea el empleado quien asuma tales responsabilidades, la pérdida de las reducciones establecidas con carácter general estos primeros años de aplicación del Sistema Especial. Con ello quien se beneficia realmente es la Seguridad Social, al no aplicar las reducciones y bonificaciones previstas con carácter general sobre la cuota del empleador.

A la vista de lo anteriormente comentado, no me cabe la menor duda de que estas dos novedades que incorpora el RDL 29/2012, en lo referido al Sistema Especial para Empleados de Hogar, serán objeto de nuevos cambios en poco tiempo, pues, sorprendentemente, se alejan del mecanismo de cotización establecido en el Régimen General, y por otro lado, no responden a las quejas y reivindicaciones de los empleadores, que se han visto gravados con el pago a la Seguridad Social cuando la prestación de servicios es reducida, ofreciéndoles tan solo la posibilidad de traslado en la gestión de los actos administrativos en caso de acuerdo con el empleado de hogar.

Revista de Derecho del Trabajo

Justicia Laboral

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. PREVALENCIA DE LAS NORMAS SUPERIORES Y JERARQUÍA NORMATIVA.
 - A) **Supremacía del Derecho de la UE: discriminación indirecta por razón de sexo.**
 - B) **Competencias normativas del Estado y de las CC.AA. en materia social.**
 - C) **Sometimiento del convenio colectivo a la ley.**
2. CONCURRENCIA Y ARTICULACIÓN DE NORMAS LABORALES.
 - A) **Principio de especialidad normativa.**
 - B) **Articulación, desarrollo y suplementariedad de normas.**
3. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE DE REGULACIÓN LABORAL.
 - A) **Campo de aplicación del Convenio Colectivo.**
 - B) **Convenio de sector aplicable en empresas con actividades o servicios múltiples.**
4. ACUERDOS DE EMPRESA Y CONVENIOS EXTRAESTATUTARIOS.
 - A) **Acuerdo de empresa y modificación sustancial de condiciones de trabajo.**
 - B) **Convenio colectivo extraestatutario: concepto, naturaleza, límites.**
5. AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y DERECHO DEL TRABAJO.
 - A) **Valor liberatorio del finiquito.**
 - B) **Condición más beneficiosa.**
6. 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 10, 11 y 12 de 2012 de la revista *Información Laboral*.

1. PREVALENCIA DE LAS NORMAS SUPERIORES Y JERARQUÍA NORMATIVA

A) Supremacía del Derecho de la UE: discriminación indirecta por razón de sexo

Planteada desde España una cuestión prejudicial acerca de las cotizaciones exigidas a los trabajadores a tiempo parcial para acceder —y luego disfrutar— la pensión de jubilación, y en la que se suscita la posibilidad de que estemos ante discriminación por razón de sexo —indirecta, al ser mujeres la mayor parte de las personas contratadas en régimen de trabajo a tiempo parcial—, resuelve la **STJUE de 22 de noviembre de 2012**, IL J 1102/2012, que estamos en efecto ante una regulación discriminatoria.

Comienza la sentencia analizando la regulación del acceso a la jubilación en España diciendo que la regla general de tener cubierto un periodo de cotización de quince años (art. 161.1.b LGSS) se matiza en relación a los trabajadores a tiempo parcial permitiendo acreditar el citado periodo de cotización de la siguiente manera: «a) para acreditar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización; a tal fin el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales; b) para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a lo dispuesto en la letra a) de esta regla se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se consideran acreditados para la determinación de los periodos mínimos de cotización»; en ningún caso podrá computarse «un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo» (Disposición adicional 7.^a LGSS).

El posible carácter discriminatorio de la referida disposición tiene que ver con el hecho de que se computen exclusivamente las horas trabajadas y no el periodo de cotización, es decir, los días trabajados, y ello en la medida en la que se produce una doble aplicación del principio *pro rata temporis*, exigiendo un mayor tiempo de cotización para causar derecho a la pensión de jubilación que, a la vez, será proporcionalmente reducida en su salario regulador como consecuencia de la parcialidad de la jornada. En el caso concreto la trabajadora demandante trabajaba cuatro horas semanales y tenía 18 años cotizados, que aplicando la Disposición adicional cuestionada equivalen a un pago de cotizaciones durante un periodo de menos de 3 años, por lo que este tipo de contrato se necesitaría trabajar 100 años para poder acceder a una pensión que además sería de muy baja cuantía. Obviamente, el carácter discriminatorio de estas reglas aparece ligado al hecho de que la reclamante —como la mayoría de los contratados en régimen de trabajo a tiempo parcial— es una mujer, lo que conduce a plantear la cuestión de si estas reglas constituyen discriminación por razón de sexo.

La cuestión suscitada consiste concretamente en si el art. 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 planteadas en el caso, a una normativa de un Estado miembro (como es la española) que exija a los trabajadores

a tiempo parcial (en su inmensa mayoría mujeres), en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un periodo de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión contributiva en cuantía proporcionalmente reducida la parcialidad de su jornada. Y a esta cuestión responde la sentencia que existe «discriminación indirecta», en el sentido del art. 4 de la Directiva 79/7/CEE, cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mayor de mujeres que de hombres. Y dado que en España al menos el 80% de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres es patente que la norma cuestionada produce discriminación indirecta, sin que esta conclusión pueda evitarse alegando, como hacen el INSS y el Gobierno español, que las medidas correctoras de la Disposición Adicional 7.^a LGSS tendrían como finalidad facilitar el acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, pues tal efecto no está ni mucho menos acreditado.

B) Competencias normativas del Estado y de las CC.AA. en materia social

Sobre la distribución de las competencias de legislación social entre el Estado y las CC.AA., y la interpretación por consiguiente del art. 149, 1.1.^a, 1.7.^a y 1.13.^a CE (que atribuye al Estado las competencias de regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles, la legislación laboral y las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, respectivamente), el art. 148.1.20.^a CE (que permite a las CC.AA. asumir competencias de «asistencia social»), y lo que establecen los Estatutos de Autonomía, se pronuncia la **STC 228/2012, de 29 de noviembre**, IL J 1224/2012. En ella se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat Valenciana contra la Ley estatal 44/2007, de 13 de diciembre, de empresas de inserción, por considerarla una regulación invasiva de las competencias de la Comunidad Autónoma, que ya contaba con anterioridad con una ley propia de empresas de inserción dictada al amparo de las competencias de asistencia social reconocidas en su Estatuto de Autonomía.

Con carácter general, la sentencia que comentamos considera que las previsiones de la Ley estatal de empresas de inserción no invaden la competencia de las CC.AA., puesto que aunque es verdad que la asistencia social es competencia autonómica, y que la regulación de las empresas de inserción se ordena a un fin de asistencia social (mejorar las condiciones de empleabilidad, y así proteger a las personas en situación de exclusión social y con mayores dificultades para encontrar ocupación), el referido fin es común a cualquier regulación de carácter social, por lo que no puede erigirse por sí sólo en criterio de asignación de competencias entre el Estado y las CC.AA. (aplicando este criterio «final» toda la regulación social podría pasar a la competencia de las CC.AA.). Por el contrario, la STC 228/2012 entiende que la distribución de competencias debe hacerse desde el art. 149.1.7.^a CE, y como quiera que las reglas que establece la Ley 44/2007 son de contenido laboral, concluye que la competencia de regulación de las empresas de inserción, en los términos al menos en que tal regulación se expresa en la referida Ley 44/2007, corresponde al Estado, por lo que no es inconstitucional.

Dice la sentencia concretamente que «la normativa impugnada en este recurso contiene el régimen jurídico de las empresas de inserción, determinando los elementos subjetivos de la relación laboral que se regula al comprender las personas que pueden ser contratadas

como trabajadores y los requisitos que han de reunir las empresas para ser calificadas como de inserción», y que «también define los elementos que distinguen al trabajo efectuado en ese específico entorno laboral, la existencia de un itinerario de inserción sociolaboral y las medidas de intervención, acompañamiento, y colaboración de la Administración pública en los procesos de inserción». Atendiendo a estos contenidos de la ley, «no cabe (...) el encaje de la regulación impugnada dentro del ámbito de la “asistencia social” (art. 49.1.24 EAV en conexión con el art. 148.1.20 CE), al tratarse, como ha quedado expuesto, de una ordenación de índole laboral, con las peculiaridades subrayadas en atención a los sujetos a los que afecta y no de un “mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social, y que opera mediante técnicas distintas de las propias de ésta”».

En contra de lo mantenido por la Generalitat de la Comunidad Valenciana en el recurso de inconstitucionalidad planteado, «con independencia de que en este supuesto el contrato de trabajo pueda tener como finalidad la integración social de determinados colectivos especialmente desfavorecidos, hay que tener en cuenta que tal objetivo puede ser atendido de muy diversas formas por los poderes públicos, es decir, no sólo mediante técnicas de asistencia social, sino también mediante la adopción, como es el caso, de medidas de índole laboral. En otras palabras, el hecho de que la Ley persiga la integración del contratado en el mercado de trabajo y, en términos generales, en la sociedad, no elimina la realidad expresada, esto es, que se trata de una Ley que se enmarca dentro de la “legislación laboral” en la medida que ofrece una regulación de una materia atinente a la relación laboral, proporcionando el régimen jurídico del trabajo que se desarrolla en las empresas de inserción». Por ello, «resulta claro al examinar el contenido de cada uno de los preceptos recurridos en este recurso, que la normativa estatal cuestionada se enmarca en el concepto de “legislación laboral” por cuanto regula una materia laboral como lo es la relativa al régimen jurídico aplicable al trabajo que se desenvuelve en las empresas de inserción, con el objetivo de fomentar el empleo de las personas en situación de exclusión social». Los razonamientos expuestos conducen finalmente a la conclusión de que la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, de empresas de inserción, «se ha dictado en el ejercicio de la competencia exclusiva del Estado en materia de “legislación laboral” ex artículo 149.1.7 CE, sin invadir la competencia que a la Generalitat Valenciana le corresponden sobre “asistencia social” (art. 49.1.24 EAV), a salvo de la declaración de la inconstitucionalidad de la disposición transitoria primera, apartado dos, de la disposición transitoria tercera y siempre que el artículo 10 recurrido se interprete en la forma prevista en el fundamento jurídico 6, letra h) de esta Sentencia».

C) Sometimiento del convenio colectivo a la ley

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 4 de julio de 2012**, IL J 1068/2012, que considera que el Convenio Colectivo Estatal de la Industria Química 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 simplemente prevé la transformación de un contrato temporal en indefinido o la contratación indefinida de un nuevo trabajador con el fin de que no se produzca la amortización del puesto de trabajo del trabajador que es objeto de jubilación forzosa.

Dice la sentencia que la Disposición Adicional 10 ET (versión anterior a la Reforma de 2012, como hemos dicho) condiciona la jubilación forzosa «no sólo a que el trabajador cumpla los requisitos legalmente exigidos para causar derecho a la pensión de jubilación contributiva [pudiendo el Convenio fijar el porcentaje mínimo de pensión requerible], sino también a que el Convenio explicita los objetivos de política de empleo que justifiquen la utilización de la jubilación obligatoria [textualmente: “Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo”] y que la propia norma enumera de manera ejemplificativa [“mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, las nuevas contrataciones o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”]. A la luz de estas previsiones y la muy abundante doctrina al respecto “deberá pues ser examinado el contenido del precepto convencional, y lo cierto es que el mismo no arroja un balance favorable a la exigencia de equilibrio que como razón de ser exige la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores”. El artículo 33.11 del Convenio Colectivo Estatal para la Industria Química alude concretamente al “rejuvenecimiento de plantillas como fórmula de acomodación a la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, cuando no cabe atribuir semejante finalidad como objetivo único perseguido por las normas convencionales”. “Es cierto —continúa— que el precepto estatutario se refiere a la adopción de medidas tales como la transformación de contratos temporales en indefinidos, y dicha medida coincide con la previsión convencional, pero la misma, así como la nueva contratación deberán actuar en forma acumulativa en lugar de servir como única posibilidad y limitada a la mera sustitución de un trabajador, el cesado por jubilación, aun cuando el puesto no fuera el mismo, pues nos hallaríamos ante una mera sustitución si coincide el puesto o ante una amortización encubierta si no lo hace”. El rejuvenecimiento de plantillas no puede ser por sí sola la finalidad habilitante para la extinción de los contratos sino que deberá actuar unida al mantenimiento de empleo y dicho objetivo no puede lograrse con una mera sustitución de un trabajador por otro, criterio adoptado por la empresa, que no cabe considerar ajustado a la actual finalidad de la Disposición Adicional Décima ET».

El sometimiento del convenio colectivo a la ley determina que sea posible que el legislador modifique las condiciones de trabajo estipuladas en un convenio vigente, deshaciendo los derechos o ventajas que este hubiera reconocido a los trabajadores, sin que pueda argumentarse que con ello se contraviene el art. 37.1 CE, donde se reconoce el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios. Es esta una situación que, como consecuencia de la crisis económica y financiera de los últimos años, se ha planteado con toda su crudeza en el sector público, pero de la que no han estado exentos otros ámbitos de la producción. Uno de ellos es el de los controladores de tránsito aéreo, muchas de cuyas condiciones de trabajo, reconocidas en convenio colectivo, han sido modificadas o suprimidas por el legislador en el año 2010 por razones de interés general. De esta cuestión se ocupa la **STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2012**, IL J 1146/2012, que niega que la modificación y supresión de las condiciones reconocidas a los controladores aéreos en el

I Convenio colectivo suscrito con AENA el 9 de marzo de 1999 por el RDL 1/2010, y posteriormente por la Ley 9/2010, constituya ninguna suerte de expropiación o confiscación de derechos de carácter ilícito, pues se trata de un efecto que es consecuencia del principio de jerarquía normativa y que no puede considerarse incompatible con el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante del convenio colectivo, por lo que no cabe admitir la reposición de los controladores en las condiciones laborales del Convenio.

Es indudable —dice la sentencia— que, como consecuencia de la normativa de referencia, se ha producido una modificación radical de las condiciones de trabajo que venían disfrutando los controladores aéreos, sobre todo en materia de jornada y retribución, ahora bien, «la variación de las condiciones de trabajo deriva de la Ley 9/2010 de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo (que reproduce el RD-Ley de 5 de febrero, convalidado por las Cortes Generales, BOE de 18-2-2010). El carácter jerárquicamente superior de esta previsión determina que deba imponerse al convenio colectivo, sin que pueda oponerse a ello la fuerza vinculante del convenio colectivo, o, como expresión de tal fuerza, la razón del “equilibrio interno del convenio”, pues, como dijera la sentencia 210/1990 del TC, “si se pudiera razonablemente concluir que el equilibrio interno del convenio ha quedado sustancialmente trastocado tras la posterior promulgación de una Ley que afectara a sus contenidos reguladores, ello no tendría como consecuencia la invalidación y/o inaplicación de la Ley, sino, en su caso, la readaptación del convenio a la vista del cambio del contexto legal en el que aquél fue suscrito”. En efecto, el TC ha dicho que es posible reclamar “una alteración del convenio” en aquellos casos en los que se haya producido “un cambio absoluto y radical de las circunstancias que permitan aplicar la llamada cláusula ‘*rebus sic stantibus*’” (STC 11/1981). Consecuentemente, “quien alegue y acredite que una Ley, dictada vigente el convenio colectivo, provoca el mencionado cambio absoluto y radical de las circunstancias, podría pedir la rescisión del convenio, pero en ningún caso pretender, con amparo en el art. 37.1 CE, la postergación de la plena efectividad de la norma legal, contrariando lo en ella decidido respecto a su aplicación en el tiempo”, ya que (...) es el convenio el que debe respetar y someterse a la Ley y a las normas de mayor rango y no al contrario (ATC 35/2005)».

Es verdad —dice la sentencia— que la eficacia y aplicabilidad del convenio no podría alterarse desde luego por la empresa o por la Administración a través de cualquier acto modificativo o de exclusión aplicativa de los pactos preexistentes con fuerza vinculante, «mas en el presente caso la norma paccionada se ha visto intrínsecamente afectada por una norma con rango de Ley aprobada por el Poder Legislativo, que tiene un indubitado carácter prevalente». Por otra parte, «la sentencia de la Audiencia Nacional de 10-5-2010, que resuelve el conflicto colectivo interpuesto por la Unión Sindical de Controladores Aéreos, concluye indicando que «la reposición íntegra» en los derechos establecidos por el I Convenio colectivo suscrito por AENA y los controladores aéreos es inadmisibles porque «choca frontalmente» con la Ley 9/2010.

La sentencia nos recuerda que la STS de 18-1-2000 ha establecido también que «el artículo 37.1 de la Constitución no se vulnera por la entrada en vigor de una ley que repercute sobre los convenios colectivos que estén entonces vigentes», pues «aunque la negociación colectiva descansa y se fundamenta en la Constitución (artículo 37.1), de esta misma

se deriva la mayor jerarquía de la ley sobre el convenio, como se desprende de su artículo 7, que sujeta a los destinatarios del mismo, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, a lo dispuesto en la ley». La integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento, «supone el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva».

Nótese por otra parte que no se utiliza sólo el argumento «formal» de que la ley es superior al convenio, sino el de que las medidas legales adoptadas en relación con los controladores de tránsito aéreo se encuentran «materialmente» justificadas. En este sentido, la sentencia que nos ocupa remite a la SAN de 10 de mayo de 2010, en la que se dice que no se vulneraron «los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga del Sindicato demandante, tratándose de una intervención legislativa necesaria, idónea y proporcionada, que impuso el mínimo sacrificio a los trabajadores afectados, para garantizar la seguridad y continuidad del servicio público de tránsito aéreo, teniéndose presente que la intervención de la norma se centró en aspectos de la negociación colectiva formalizados en fraude de ley y sin autorización de la CECIR, sin que quepa reclamar un derecho fundamental en la ilegalidad, entendiéndose finalmente que no se vulneró el derecho de presunción de inocencia, ni se produjo expropiación ilegal de derechos legítimos». Y en este orden de consideraciones se añade que «la intervención del legislador no sólo era obligada, sino que era imprescindible para corregir en el plazo más breve posible de tiempo una situación tan calamitosa, debiendo resaltarse, a estos efectos, que la ley 9/2010, de 14 de abril, se ha ajustado básicamente a las recomendaciones, realizadas por la Dirección General de Aviación Civil, organismo regulador y director de la política aeronáutica, promoviendo la designación de nuevos proveedores del tránsito aéreo, lo que obligaba a regular de forma urgente el régimen de derechos y obligaciones de esos prestadores de servicios de tránsito aéreo en concordancia con lo dispuesto en el Reglamento CE 550/2004, regulando, asimismo, los tiempos de actividad y descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo, como requisito imprescindible para garantizar la prestación segura del tránsito aéreo y el descanso de los controladores, exigiendo necesariamente la regulación de la jornada, el número de horas extraordinarias y los tiempos de descanso, la formación del personal de tránsito aéreo y determinadas medidas transitorias, relacionadas con la restricción de la denominada licencia retribuida, el establecimiento de jornada a turnos que garantice la continuidad del servicio, así como otras medidas referidas a traslados, cambios de jornada por necesidades del servicio y procedimientos más cortos para publicar turnos y programaciones», como hizo la ley.

2. CONCURRENCIA Y ARTICULACIÓN DE NORMAS LABORALES

A) Principio de especialidad normativa

A propósito del caso de una viuda separada de mutuo acuerdo sin derecho a pensión compensatoria, y que en virtud de las previsiones generales de la LGSS no tendría derecho a la

pensión de viudedad (art. 174.2), resuelve la **STS de 19 de julio de 2012**, IL J 1057/2012, que la pensión de viudedad debe reconocerse gracias a lo establecido en otras previsiones especiales que dan cobertura a la particular situación de la reclamante. Por un lado, debe tenerse en cuenta que la viuda fue objeto de malos tratos, siendo así que, como la propia redacción al artículo 174.2 de la LGSS recoge actualmente, quedan eximidas del requisito de la pensión compensatoria las viudas que hubieran sido víctimas de violencia de género por parte del causante fallecido. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la Disposición Transitoria Decimoctava de la LGSS exime del citado requisito de la pensión compensatoria, con ciertos condicionamientos, a supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 47/2007, que introdujo dicho requisito, sucediendo que en este caso la separación había tenido lugar el 16/11/1993. Es verdad que la aplicación de esta Disposición Transitoria Decimoctava, que permite aplicar la exención del requisito de la pensión compensatoria a supuestos de separación o divorcio anteriores al 1/1/2008, exige que se den algunas condiciones (entre otras que entre la fecha de la separación o divorcio y la del fallecimiento del causante no hayan transcurrido más de diez años), pero también que la misma termina diciendo que «lo dispuesto en esta Disposición Transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009», es decir, «se adelanta en dos años la aplicación de la exención del requisito de la pensión compensatoria y sin condicionamiento alguno: los condicionamientos solamente jugarán para supuestos de fallecimientos anteriores al 1 de enero de 2008». Estas normas especiales —no la general— que son las que han de aplicarse al presente supuesto, pues el fallecimiento del causante ha tenido lugar el 21 de agosto de 2009, determinan que deba estimarse la reclamación de la pensión de viudedad presentada.

Siguiendo una ya larga serie de sentencias, el principio de especialidad normativa se aplica también en la **STS de 20 de julio de 2012**, IL J 1053/2012, en la que se plantea si los cambios de jornada —y salario— que los centros públicos de enseñanza imponen a los profesores de religión católica al inicio de cada curso escolar constituyen modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y por tanto deben tramitarse conforme a las reglas del art. 41 ET, o si por el contrario no debe aplicarse esta norma por estar permitidos tales cambios en la regulación especial de este tipo de contratos. La respuesta de la sentencia es que no estamos ante modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo a las que deba aplicarse el art. 41 ET, pues existe una regulación especial para las eventualidades de reducción o ajuste de jornada y salario de los profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza que ha de aplicarse preferentemente. Dice la sentencia que la relación laboral de los profesores de religión católica, sin alcanzar a constituir una relación especial a los efectos del artículo 2.1 del ET, se configura de un modo objetivamente especial que hace que no sólo hayan de tenerse en cuenta las reglas generales del ET sino también otras normas que, en determinados extremos, tienen un contenido diferente. Así, partiendo de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2006, las Administraciones competentes están capacitadas para determinar la duración de la jornada de los profesores de religión a la vista de las necesidades de cada centro al inicio del curso escolar, lo que supone que la fijación de la jornada se puede efectuar sin acudir a las normas sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en el art. 41 del ET, puesto que, en realidad, no se trata de una modificación sustancial sino del cumplimiento de una

característica de este tipo de contratos, cual es la variabilidad de la jornada en atención a las necesidades de los centros y de la especificidad de la disciplina impartida, que, como se desprende de la mencionada Disposición Adicional de la Ley Orgánica y del art. 4.2 del RD 696/07, es de oferta obligatoria para los centros escolares pero de carácter voluntaria para los alumnos, lo que implica que ese tipo peculiar de cambios y modificaciones se pueda producir por razón de la propia planificación educativa. No estamos por tanto ante una modificación sustancial del art. 41 ET, pues el contrato se regula en estos casos por una «norma especial», el RD 696/2007, de 1 de junio, cuyo artículo 4.2 permite a la Administración realizar los cambios de jornada que anualmente requieran las necesidades del servicio. En el mismo sentido vuelve a pronunciarse la **STS de 18 de octubre de 2012**, IL J 112/2012.

También en el ámbito del profesorado de religión en centros públicos de enseñanza, establece la **STS de 25 de septiembre de 2012**, IL J 1127/2012, que el referido colectivo no tiene derecho a reclamar trienios en iguales condiciones que los funcionarios interinos, pues se trata de situaciones distintas a las que resultan de aplicación reglas también diferentes, cuya selección deba hacerse en atención a criterios de especificidad. Es verdad que la Disposición Adicional 3.^a 2 de la LOE 2/2006 establece que «los profesores que, no pretendiendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes» y que «estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos». Pero no lo es menos que el art. 27 del mismo EBEP dice también que «las retribuciones del personal laboral se determinara de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo», insistiendo en sus arts. 4 y 7 que al personal laboral sólo le serán de aplicación los preceptos del EBEP que así lo dispongan. Como los profesores de religión católica tienen indiscutiblemente hoy la condición de personal laboral, ello «impide que les pueda ser de aplicación el art. 25.2 EBEP (trienios) dado que el mismo sólo afecta a los funcionarios interinos».

Máxime cuando el EBEP no ha provocado la equiparación entre funcionarios públicos y personal laboral, salvo en aquello en que de modo expreso así se indique. Es cierto que, como hemos podido comprobar, «la LOE introduce cierta oscuridad en este hilo argumental al referirse a los funcionarios interinos», no obstante, el alcance de la Disposición ha sido ya perfilado por la jurisprudencia rechazando la asimilación a profesores interinos, pues, como personal laboral, los profesores de religión se rigen por la normativa laboral, lo cual incluirá la capacidad negociadora de todos los trabajadores *ex* art. 82 y ss. ET, como ya ha sucedido en algunas comunidades autónomas en que los profesores de religión católica están incluidos en el convenio de personal laboral al servicio de la correspondiente Administración (Convenio colectivo único del personal laboral al servicio de la Generalitat de Catalunya —DOGC 24 de enero de 2006—; Convenio colectivo propio en el País vasco desde 2004 —BOPV de 13 de febrero de 2004—; así como en la Comunidad Valenciana y en Cantabria). Es cierto que en alguna sentencia, sin embargo, se reconocía el derecho al percibo de los trienios en una determinada cuantía, pero ello era precisamente por la exclusión de los mismos en el Convenio colectivo del personal laboral de aplicación, siendo esa situación específica la que motivaba el reconocimiento a los trabajadores de los trienios.

B) Articulación, desarrollo y complementariedad de normas

En un caso en el que se planteaba la cuestión de si la filiación determinada en un país extranjero —concretamente en el Estado de California— da lugar o no al derecho de la madre a disfrutar la suspensión del contrato y el subsidio por maternidad en España cuando la filiación se había obtenido mediante «gestación por sustitución» («madre de alquiler»), algo lícito en aquel Estado pero prohibido en el nuestro, resuelve la **STSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012**, IL J 1079/2012, que deben reconocerse a la trabajadora española, y madre legal conforme al Derecho californiano, los derechos que reclama. Partiendo del hecho probado de que se trata efectivamente de una gestación de alquiler, y de la prohibición de esta práctica en nuestro derecho, la sentencia apoya sin embargo su fallo en argumentos como la existencia de una certificación registral extranjera que debe reconocerse en España sin exequátur, la ausencia de fraude de ley en la conducta de los progenitores o la necesidad de dar cumplimiento al principio de tutelar por encima de todo el interés de los hijos.

Desde una perspectiva de fuentes del derecho, la sentencia es importante en cualquier caso por el argumento que utiliza para superar la cortapisa de la limitación legal de las causas de acceso a la prestación por maternidad, circunscritas en el art. 133 bis LGSS a «maternidad», «adopción» y «acogimiento» y que, según la interpretación del INSS, deberían interpretarse estrictamente (maternidad como maternidad natural o parto, exclusivamente, en los términos en los que el propio art. 48.4 ET parece concebir la maternidad), de modo que no habría lugar en las mismas para encajar una situación como la filiación producida por una gestación de alquiler. El argumento no es otro que el de la «complementariedad» de las normas de desarrollo. En efecto, la sentencia dice que, aun dando por buena la interpretación restrictiva de las causas legales de acceso al subsidio por maternidad, habría habido una ampliación reglamentaria de tales causas que obligaría a admitir situaciones de filiación como la que es objeto de debate como título de acceso a las prestaciones por maternidad. El desarrollo reglamentario de que hablamos es el contenido en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que desarrolla reglamentariamente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y ha llevado a cabo una notable intensificación y ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social considerando «jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación» (art. 2.2). «La interpretación generosa de la referencia contenida en el art. 2 del RD 295/2009, que considera jurídicamente equiparables a las figuras de adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para aquéllas, cualquiera que sea su denominación, lleva a concluir que los supuestos de filiación están también amparados en la norma», concluye.

El hecho de que el convenio colectivo del personal subcontratado de una Administración Pública remita a las normas de retribución de los funcionarios para la fijación de los salarios (se trataba concretamente del Convenio de Limpieza de Centros Sanitarios depen-

dientes del Servicio Aragonés de Salud, que remitía la determinación de las condiciones salariales a lo que se pactara para el personal sanitario estatutario), dice la **STS de 20 de julio de 2012**, IL J 1054/2012, que no puede producir como efecto que la empresa pueda trasladar a estos trabajadores la reducción salarial del 5% impuesta por ley a funcionarios públicos, personal estatutario y personal laboral del sector público. Se trata de una situación especial para la que no están pensadas las normas de reducción de retribución de los empleados públicos, y en la que no está justificada por consiguiente la aplicación de la referida medida por la empresa privada concesionaria que soporta tales servicios. Máxime cuando, como sucede en este caso, el convenio remite a las retribuciones que se fijen mediante pacto, no a las que vengan determinadas por otras vías excepcionales o de emergencia, como es la reducción del 5% de las retribuciones del personal de la Administración y del sector público.

Dice en efecto la sentencia que «del tenor literal de los preceptos del Convenio Colectivo se desprende que la extensión al personal laboral de las condiciones salariales reconocidas al personal estatutario es sólo de las logradas en virtud de «pacto», cual corrobora el hecho de entren en vigor a partir «de un mes a contar desde la firma del Acuerdo». En el espíritu de la norma —continúa— «está ampliar las conquistas salariales del personal estatutario al personal laboral, máxime cuando en aquél momento no era imaginable una crisis financiera que obligara a recortes salariales de los empleados de la función pública. El Convenio sólo establece, pues, la transposición de las mejoras y también de las posibles reducciones de derechos, siempre que las mismas tengan su origen en el oportuno Acuerdo. La necesidad del Pacto es reiterada por el artículo 10 del Convenio Colectivo, que fija, mediante acuerdo de los negociadores del Convenio, los salarios del año 2005 con carácter retroactivo y condiciona las revisiones salariales de los años sucesivos al acuerdo de la Comisión Paritaria». El recorte salarial que nos ocupa —prosigue la sentencia— «no fue consensuado entre la Administración y los representantes sindicales de las organizaciones más representativas, sino que fue impuesto por Ley», y «como la reducción salarial fue impuesta por Ley, no por acuerdo, a funcionarios públicos, personal estatutario y personal laboral de ciertas empresas públicas, no cabe aplicar el recorte al personal laboral de empresas privadas», como se pretendía en este caso.

3. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE DE REGULACIÓN LABORAL

A) Campo de aplicación del Convenio Colectivo

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 éstos (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. Con base en este argumento, la **STS de 17 de septiembre de 2012**, IL J 1114/2012, exime a una Entidad Local de asumir los trabajadores de una subcontrata cuando el efecto subrogatorio no podía imponérselo *ex lege*, por no cumplirse los requisitos del art. 44 ET, sino, a lo sumo, sólo convencionalmente. Dado que el Ayuntamiento no está vinculado por las reglas de sucesión de contratas que

el convenio aplicable establece para las empresas subcontratistas (la actividad subcontratada era la gestión del servicio de residuos sólidos, y el convenio era el general del sector de limpieza pública, viaria, recogida y eliminación de residuos y limpieza y conservación de alcantarillado), no pueden imputársele al mismo los contratos de los trabajadores de una empresa subcontratista que no son asumidos por la que la sucede en la actividad por incumplirse alguna de las condiciones convencionales que imponían el efecto subrogatorio (no recibir en las condiciones debidas de la empresa saliente la documentación que impone el convenio colectivo con anterioridad a la contrata).

Trata la **STS de 4 de octubre de 2012**, IL J 1266/2012, de la trabajadora de una empresa de limpieza que en virtud de una contrata venía prestando servicios en una empresa de venta y distribución comercial y que, tras la finalización de la contrata, no fue asumida por la empresa que a partir de este momento pasó a prestar aquellos servicios con sus propios trabajadores. Importa recordar que en las sucesiones de contrata de limpieza no resulta de aplicación con carácter general el art. 44 ET, de modo que la subrogación del nuevo empresario en los contratos del empresario saliente con los trabajadores solo se produce cuando así lo impone el empresario principal en las condiciones de la contrata o bien cuando lo disponga el convenio de sector. Esto último era precisamente lo que sucedía en el presente caso, en el que el efecto subrogatorio aparecía en el CC de limpieza de la Comunidad de Madrid.

El problema se suscita porque la nueva empresa que había ganado la contrata de limpieza era un «Centro Especial de Empleo», al que resultaba de aplicación un convenio colectivo distinto —el XIII CC General de centros y servicios de atención a personas con discapacidad— en el que no se recogía carga subrogatoria ninguna por asumir contrata en el sector de limpieza de edificios y locales, razón por la que la empresa que entraba en la contrata —el centro especial de empleo— no quiso hacerse cargo de quien limpiaba en las dependencias de la empresa cliente o principal.

La cuestión es entonces si la empresa cesionaria —el «Centro Especial de Empleo»— debe hacerse cargo de los trabajadores, entendiendo que el Convenio de limpieza de la Comunidad de Madrid —y el efecto subrogatorio que se dispone— le resulta de aplicación, o bien si el referido Centro Especial de Empleo, por sus características singulares como empleador, y por serle de aplicación un convenio colectivo distinto que establece otra regla, se libra de la referida carga o efecto subrogatorio.

La sentencia resuelve que el Centro Especial de Empleo debe subrogarse en la posición de la empresa de limpieza saliente y que por lo tanto debe asumir a los trabajadores que prestaban servicios en la empresa cliente, y ello por cuanto que el ámbito de aplicación de los convenios es imperativo e indisponible, teniendo por tanto que cumplirse en los términos de las cláusulas que definen su campo de aplicación. Por razones de índole funcional —dice la sentencia— «debe prevalecer el convenio de la actividad —la de limpieza— que realizan los trabajadores en cuyos contratos ha de subrogarse cualquier empresa que aspire a obtener la contrata en cuestión, incluso si dicha empresa es un centro especial de empleo, puesto que nada impide a este tipo de empresas —aunque su fin primordial sea otro: favorecer la integración de las personas con discapacidad— subrogarse en los contratos de otros trabajadores, sean estos o no lo sean —que en el caso no lo son— personas con discapacidad».

B) Convenio de sector aplicable en empresas con actividades o servicios múltiples

Sobre la frecuente cuestión del convenio que debe regir en empresas carentes de convenio propio y que desempeñan actividades múltiples, ubicables en ámbitos o sectores productivos diferentes, y a las que resultarían de aplicación convenios sectoriales distintos, se pronuncia la **STSJ de Extremadura de 26 de julio de 2012**, IL J 1153/2012, proclamando la tesis de que debe aplicarse un único convenio —no todos, sincréticamente—, que debe ser el que se corresponda con la actividad principal o preponderante de la empresa, definible con parámetros similares a los que sirven para delinear la «propia actividad» en el contexto de las reglas de subcontratación del art. 42 ET. Se trata de una sentencia interesante por cuanto recopila algunos de los pronunciamientos judiciales de los últimos años sobre esta importante cuestión.

Dice la sentencia que en los casos en que en una misma empresa se desarrollan dos o más actividades que, aisladamente consideradas, caen bajo el ámbito de aplicación de varios convenios colectivos, se viene sosteniendo que debe atenderse a la que sea actividad principal de la empresa: «así lo mantienen, entre otras, esta Sala en sentencia de 13 de octubre de 1993, y las de otros Tribunales Superiores de Justicia, como el de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), en sentencia de 11 de julio de 1995, del País Vasco, en las de 1 de diciembre de 1994 y 29 de febrero de 2000, de la Comunidad Valenciana, en la de 29 de abril de 1997, de La Rioja, en la de 6 de octubre de 1998, de Andalucía (Málaga), en la de 21 de febrero de 1997, o de Cantabria, en la de 13 de octubre de 1999, en la que se señala: “La doctrina judicial más consolidada, tratándose de una empresa o grupo de empresas sin convenio, en las que se desarrollan actividades distintas, ha optado por el criterio de la ‘actividad principal’, en el que se da preferencia al convenio colectivo aplicable a la actividad principal de la empresa”. En varias de esas sentencias se atiende para determinar la actividad principal de una empresa al concepto de propia actividad que el Tribunal Supremo viene utilizando en relación a la responsabilidad del empresario principal en los supuestos de contrata o subcontratas de obras o servicios que regula el art 42 ET».

Prosigue la sentencia diciendo que este mismo criterio se ha utilizado en muchas sentencias del Tribunal Supremo. Por ejemplo, en la STS de 10 de julio de 2000, que a propósito de la cuestión planteada precisa que «no es el objeto social estipulado en los estatutos de la sociedad quien define la unidad de negociación colectiva en su vertiente funcional, y ello porque de ser así no tendría el convenio un soporte objetivo y de estabilidad: bastaría, simplemente, al empleador, cambiar el objeto social escriturado e inscrito en el Registro Mercantil, para hacer variar, unilateralmente, el convenio aplicable. Como ha afirmado recientemente esta Sala (STS 15 de junio del 2000) el objeto social de una entidad mercantil es un elemento que podría influir en algún aspecto de la contratación mercantil, por la confianza que los terceros hubieran depositado en el contenido del correspondiente asiento estampado en el Registro Mercantil. Pero, en el interior de la empresa, y en relación con sus trabajadores, lo relevante y decisivo es la actividad real que aquélla desempeña, y en la que intervienen los empleados con motivo de la prestación de sus servicios». En definitiva, concluye la sentencia, «lo determinante —dentro de la múltiple realidad del objeto social escriturado— para determinar cuál sea el convenio de sector estatal o provincial aplicable será la actividad real preponderante, a cuyo efecto habrá de valorarse, principalmente, la actividad organizativa, productiva y económica de la empresa».

Entre otras, la sentencia alude también al precedente de la STS de 29 de enero de 2002, sobre determinación del convenio aplicable en una empresa dedicada a la explotación y comercialización de carburantes en estaciones de servicio de alta calidad en la que existen también «tiendas de conveniencia», resolviendo que el convenio aplicable es el Estatal de Estaciones de Servicio y no el de Comercio Vario, y ello con base en el siguiente razonamiento: «Para la determinación de cuál de los dos convenios resulta aplicable a la empresa demandada y a sus trabajadores, ha seguido la Sala de instancia el criterio de inclinarse en pro de la actividad real preponderante de dicha empresa, a la vista de los hechos probados, conforme a los cuales aparece con la suficiente claridad que la actividad preponderante de GESPEVESA consiste en gestionar la comercialización de carburantes en una red de estaciones de servicio de alta calidad, con “tiendas de conveniencia” que cumplen la función de atender a una demanda específica de los consumidores, ofreciéndoles una gran variedad de artículos en venta, y también determinados servicios, tales como pequeñas cafeterías, lavado automático de vehículos, máquinas de aspirado, teléfono público, fotocopias, fax, Internet, envío de flores, etc., pero predominando claramente la actividad y los ingresos obtenidos por la venta de carburantes sobre los relativos a las tiendas, de tal manera que la conclusión obtenida en orden a la aplicabilidad del convenio estatal de estaciones de servicio, y no del de Comercio Vario de Madrid, fue la correcta».

En el mismo sentido, se cita también la STS de 31 de enero de 2008, en la que se declara aplicable el convenio colectivo para el Comercio de Metal a una empresa dedicada a la aleación y montaje de bisutería, que posteriormente se vende en joyerías para su venta al público, señalando textualmente: «La actividad principal de la empresa consistente en la aleación y montaje de bisutería, en su taller de soldadura y montaje, que más tarde es vendida a joyerías bajo la marca de diseño María Cristina, para su venta al público, estando la empresa dada de alta en el IAE en el epígrafe 491-II, está comprendida en las descritas en el convenio Colectivo Provincial, dentro de lo que el art. 1 del convenio Colectivo denomina actividades comerciales, que de acuerdo con su Anexo II, abarca el comercio de los productos metálicos transformados tanto al por mayor, como al por menor, siendo indiferente a efectos de la aplicación del convenio Colectivo el hecho de que la venta al público no sea directa, sino a través de las joyerías; siendo, como dice la sentencia recurrida, lo trascendente la actividad económica que desarrolla la empresa con la utilización de metales, bien como materia prima ó como productos manufacturados para su comercialización posterior».

Sobre la base de estos precedentes y las referidas consideraciones, la STSJ de Extremadura que nos ocupa entiende que el convenio aplicable a una empresa dedicada como es el caso a «la prestación de servicios de televisión, instalación y montaje de telecomunicaciones, dirección de proyectos técnicos de telecomunicaciones», y en la que los trabajadores reclamantes «han trabajado realizando instalaciones eléctricas y de cableo de fibra óptica para el despliegue de la red en esta ciudad», no puede ser el Convenio Colectivo de Trabajo del sector «Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Badajoz» sino el «XV Convenio de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable», pues según se desprende de los hechos probados «la actividad principal de la empresa es el ofrecimiento y prestación de servicios de informática», y «los actores no han trabajado como electricistas ni han trabajado de forma habitual realizando instalaciones eléctricas sino de estructuras para el cableado de fibras ópticas como actividad complementaria a la posterior prestación de servicios por la empresa a sus clientes».

4. ACUERDOS DE EMPRESA Y CONVENIOS EXTRAESTATUTARIOS

A) Acuerdo de empresa y modificación sustancial de condiciones de trabajo

El sistema de retribución establecido en un acuerdo de empresa que no fue objeto de publicación, y había sido además convenientemente denunciado antes de la llegada del término de su vigencia, puede modificarse sin necesidad de pacto con los representantes de los trabajadores, a través del art. 41 ET, por tener aquel acuerdo el valor de un convenio extraestatutario, y ceder por tanto ante una iniciativa unilateral de la empresa de modificación de las condiciones de trabajo. Así lo resuelve la **STS de 23 de octubre de 2012**, IL J 1258/2012, que no admite que expirado el plazo de duración del pacto de empresa y denunciado éste el acuerdo mantenga su vigencia y no pueda ser modificado unilateralmente por la empleadora, máxime cuando el acuerdo no había sido además objeto de ningún tipo de registro o publicación.

Dice la sentencia que el referido acuerdo tiene el valor de un convenio extraestatutario y que por consiguiente carece de virtualidad normativa —más fuera del periodo de su vigencia—, pues conviene recordar que los acuerdos de empresa no tienen «una naturaleza unitaria» y «sólo pueden considerarse como convenios colectivos estatutarios si su negociación, aprobación y publicación se ajusta a lo dispuesto en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, lo que no sucede en este caso». Y como el convenio extraestatutario tiene fuerza contractual, nada impide que pueda ser modificado por el art. 41 ET, sin acuerdo con los representantes de los trabajadores.

B) Convenio colectivo extraestatutario: concepto, naturaleza, límites

Sobre el convenio colectivo extraestatutario, su concepto, naturaleza y límites, se pronuncia la **SAN de 21 de septiembre de 2012**, IL J 1208/2012, que ofrece un amplio y profuso recorrido a lo largo y ancho de esta particular fuente de regulación laboral.

Comienza la sentencia diciendo que «la negociación colectiva extraestatutaria tiene pleno amparo en el art. 37.1 CE, aunque su rango es inferior a la negociación colectiva estatutaria, por cuanto no despliega efectos jurídicos normativos, a diferencia de los convenios negociados conforme al Título III ET», limitándose su eficacia personal a quienes lo suscribieron, sus representados y los trabajadores que se adhieran libremente a dichos pactos». Sucede así porque la fuerza de los convenios extraestatutarios es la de meros contratos: «nacen —dice la sentencia— con la finalidad de compatibilizar los intereses contrapuestos de las partes, que se someten voluntariamente a una disciplina que ellos mismos han instaurado, lo que permite afirmar que los convenios de eficacia limitada, en el ámbito propio en el que son aplicables, tienen naturaleza y eficacia contractual y contenido regulador de las relaciones entre la empresa y los sujetos afectados por el contrato, pues esa fuerza la reciben del artículo 37.1 de la Constitución y del consentimiento de los negociadores».

La aplicación de la «lógica contractual» a los convenios extraestatutarios, aparte del efecto de evitar su aplicación forzosa a quien no se haya adherido voluntariamente al acuerdo, comporta efectos particulares como el de que «el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar

colectiva y concretamente las condiciones laborales» o, por supuesto, y muy importante, el de «la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor», algo que contrasta en comparación con «las severas exigencias que impone el paradigmático modelo legal, pero que se encuentra condicionada, precisamente, por el limitado alcance personal de sus efectos, que quedan reducidos al estricto ámbito de representación que las partes posean».

La naturaleza contractual de los acuerdos extraestatutarios determina por otra parte la posición subordinada de los mismos en el sistema de fuentes de la relación laboral. Deben de hecho —dice la sentencia— «respetar obligatoriamente, por razones de jerarquía normativa, los derechos reconocidos en el convenio colectivo estatutario aplicable (...) al igual que debe hacerlo el contrato de trabajo individual, como expresión de la voluntad de las partes y fuente de los derechos y obligaciones que integran la relación laboral, de modo que carecen de virtualidad en lo que respecta a las cláusulas y condiciones que impliquen, en perjuicio de los trabajadores, posiciones menos favorables que las establecidas en disposiciones de superior rango, legales, reglamentarias o convencionales, y eso es justamente lo que se dice en el artículo 3.1, c) al condicionar la validez de la voluntad de las partes manifestada en el contrato, a que su objeto sea lícito “y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados”: no pueden en definitiva “contradecir las cláusulas del convenio colectivo de eficacia general en perjuicio de los trabajadores”».

Respecto a la relación de la negociación extraestatutaria con la libertad sindical, y como parte de ella el derecho de negociación colectiva estatutaria, dice la sentencia que «el derecho de un sindicato a la negociación colectiva estatutaria no excluye toda posibilidad de negociación a los demás sindicatos, aunque sí implica la necesidad de que el ejercicio de esa facultad de negociación entre sindicatos y asociaciones empresariales no suponga una práctica antisindical de las vedadas en el art. 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, o imposibilite jurídicamente la negociación colectiva de eficacia general», subrayando, por otro lado, que la... extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron, no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la voluntad de quienes en él no participaron, pero la adhesión de éstos, como adhesión libre, no puede ser en ningún caso cuestionada, ni necesita para ejercerse que el convenio mismo la prevea, por lo que en ningún caso puede imputarse a tales cláusulas, jurídicamente irrelevantes, la lesión de un derecho ajeno». «Ni la existencia de tales cláusulas en el convenio, ni la consideración de que la adhesión de los trabajadores a él está en cierto modo forzada porque sólo de ese modo podrán gozar de las ventajas que el mismo prevé, pueden considerarse de hecho como una violación de la facultad de los representantes de los sindicatos para la negociación de un convenio de eficacia general», pues «no puede considerarse mecánicamente que las discrepancias entre los sindicatos, que terminan con la suscripción de pactos extraestatutarios, supongan una limitación ilícita del derecho de los demás sindicatos a negociar convenios colectivos».

La sentencia precisa que «la firma de un pacto extraestatutario suscrito ante el fracaso de la negociación estatutaria no supone en principio vulneración de la libertad sindical, siempre, naturalmente, que las funciones atribuidas a aquella sean acordes con la eficacia

limitada que es propia de este tipo de pactos», y ello por cuanto «la existencia de un pacto colectivo extraestatutario, cuando la eficacia que se pretende para el mismo es la limitada que le corresponde, no perjudica la libertad sindical de sindicato no interviniente en dicho pacto, pues no merma sus posibilidades de negociación, en tanto que no obstaculiza un ulterior convenio colectivo de eficacia “*erga omnes*”, ni tampoco le impide por supuesto la negociación de otro pacto extraestatutario». El deber de negociar —se dice— «tampoco lleva consigo, en principio, la nulidad de los acuerdos alternativos que puedan lograrse al margen de la negociación estatutaria».

En verdad, la principal limitación funcional de los convenios extraestatutarios es que no pueden asumir cometidos de regulación general, ni por tanto ocuparse de las materias cuya regulación tiende por naturaleza a tornarse o adquirir carácter general. Dice la sentencia que «la extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la libertad de quienes en él no participaron», de modo que «cuando se celebra un acuerdo colectivo fuera de la disciplina estatutaria, pero que, en alguna de sus disposiciones, persigue generalidad, de manera tal que su aplicación sólo fuera posible desde su eficacia “*erga omnes*”, habría que convenir que tales disposiciones no serían válidas, en tanto que eficacia de tal clase sólo es predicable de los convenios colectivos que regula el Estatuto de los Trabajadores». Por tales razones «el pacto extraestatutario tiene vedada la negociación de cláusulas cuya operatividad exija obligatoriamente su generalización, porque dicha generalización solo es posible mediante convenio colectivo estatutario o por los acuerdos subsidiarios a convenio, regulados en el Estatuto de los Trabajadores».

En efecto, la doctrina constitucional y la jurisprudencia han defendido que la negociación colectiva de eficacia general solo es predicable de los convenios colectivos estatutarios, así como de los denominados acuerdos subsidiarios a convenio, regulados en los arts. 22.1 (sistema de clasificación profesional), 24.1 (sistema de promoción en la empresa), 29.1 (modelo de recibo de salarios), 34.1 (distribución irregular de jornada a lo largo del año), 34.3 (establecimiento del límite máximo de la jornada ordinaria, rebasando el límite máximo de nueve horas) y 67.1 ET (reglas de acomodación de la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla en la empresa), cuya operatividad exige que se suscriban obligatoriamente por sujetos colectivos, que ostenten la mayoría de la representación de los trabajadores afectados, asegurando, de este modo, su eficacia personal general. Dichos acuerdos están tasados legalmente, de manera que las materias citadas solo podrán acometerse mediante convenio colectivo o, en su defecto, mediante este tipo de acuerdos, siendo impertinente su regulación mediante otro tipo de acuerdos, aunque si se admite que el propio convenio colectivo remita a comisiones *ad hoc* para que desarrollen o complementen lo pactado convencionalmente, pues las materias tasadas solo pueden regularse de manera general, al ser impensable que existan diferentes sistemas de clasificación profesional, de promoción profesional, de distribución irregular de la jornada o de superación de la jornada máxima en la misma empresa, siendo esta la razón por la que la jurisprudencia ha descartado que puedan regularse mediante acuerdos de eficacia limitada. Por las mismas razones debe descartarse que pueda establecerse un sistema disciplinario en la empresa mediante acuerdo de eficacia limitada, puesto que el art. 58 ET dispone que la graduación de faltas y sanciones solo podrá realizarse mediante convenio colectivo estatutario (la jurisprudencia ha entendido

que tampoco cabe regular el comité intercentros salvo que se haga mediante convenio estatutario, según lo dispuesto en el art. 63.3 ET).

Por el contrario, dice la sentencia que nada impide que la estructura salarial se regule por acuerdo de eficacia limitada, puesto que el art. 26.3ET remite a la negociación colectiva, que encuadra tanto a la negociación colectiva estatutaria como la extraestatutaria, así como la regulación de las horas extraordinarias, dado que el art. 35.1 ET remite al convenio colectivo o, en su defecto, al acuerdo individual.

5. AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y DERECHO DEL TRABAJO

A) Valor liberatorio del finiquito

Trata la **STSJ de Madrid de 23 de julio de 2012**, IL J 1163/2012, de un trabajador que prestaba servicios como dependiente en una empresa de comercio textil al por menor y que, tras incurrir en varias negligencias graves constitutivas de despido disciplinario (no dar parte inmediatamente a la empresa de la falta de géneros en los paquetes suministrados por los proveedores, o dejarse engañar por un timador al que hace entrega de las mercancías que acaba de recibir de una empresa de mensajería), firma un documento en el que admite la extinción del contrato y la liquidación practicada por la empresa (vacaciones pendientes, gratificaciones extraordinarias, etc.) sin percepción de indemnización ninguna ligada a tal extinción, por advertir seguramente que la extinción es procedente y en consecuencia no genera el referido derecho.

Impugnado posteriormente el finiquito por el trabajador, la sentencia declara la validez de este. Comienza a tal fin repasando la doctrina y jurisprudencia sobre el finiquito, señalando que «a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1998 se impone la consideración básica según la cual es de todo punto precisa la constancia de una voluntad del trabajador de extinguir la relación, lo cual puede suceder si consta una baja voluntaria o extinción unilateral por el trabajador, una extinción por mutuo acuerdo, casos menos frecuentes, o si, como es más habitual, ha habido una decisión unilateral del empresario —extinción de contrato temporal, despido disciplinario, despido por causas objetivas—», casos todos en que «tendrá que haber, bien una transacción, bien una expresión clara de la voluntad del trabajador de que en efecto quiere que se extinga la relación laboral (en este último caso surge por cierto la dificultad de distinguir esa voluntad extintiva del trabajador, de su mera aceptación, como algo irremediable, del efecto extintivo de la decisión del empresario, pues como se sabe tal decisión es ejecutiva e impone la extinción del contrato de trabajo)». El finiquito se interpretaba en cualquier caso como el reconocimiento por el trabajador de que no solo quedaban liquidadas las cantidades pendientes de abono, de modo que, no habiendo vicios del consentimiento (error dolo violencia o intimidación), implicaba una «declaración expresa de voluntad de extinción del vínculo laboral».

Advierte sin embargo la sentencia que en la «jurisprudencia más reciente (...) se aprecia una línea más restrictiva respecto a la validez liberatoria del finiquito y se plasman unos nuevos criterios». Así en la STS de 13 de mayo de 2008 y en la STS de 21 de julio de 2009 se declara «la falta de eficacia liberatoria del finiquito con base en otros criterios:

porque antes se había producido el despido; o 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». Siguen esta línea las SSTs de 21 de julio de 2009, 19 de octubre de 2010 y 11 de noviembre de 2010, que limitan la eficacia liberatoria al finiquito a los casos en que «comporte una transacción», declarando 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», declarando que «la prohibición de renuncia de derechos no impide acuerdos transaccionales que pongan fin a los conflictos laborales». En este sentido, se apunta que la STS de 28 de abril de 2004 ha señalado que el correcto entendimiento de la prohibición de renuncia y disposición de derechos que establece la legislación laboral «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)», pues «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 —se concluye— «parece claro que el finiquito puede cumplir esa función transaccional, aunque quede al margen (...) 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 (artículo 1809 CC) en la que el derecho en cuestión aparezca como problemático. Por otra parte el objeto de la transacción debe estar suficientemente precisado, como exige el artículo 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)».

Como resumen de estas y otras resoluciones reproducidas en la sentencia, el TSJ de Madrid concluye que «puede inferirse que, dejando aparte el supuesto posible pero infrecuente de la transacción, la eficacia liberatoria del documento de finiquito en supuestos de extinción del contrato por decisión unilateral del empresario con abono de conceptos a los que en todo caso tendría derecho el trabajador, no puede desprenderse de expresiones tales como las habituales en el sentido de darse el trabajador por totalmente saldado y finiquitado, dar por concluida o extinguida la relación laboral, comprometerse a nada más pedir ni reclamar, ni renunciar a ejercitar acciones contra la empresa». Tales expresiones —se dice— «han sido consideradas por el TS en algunos casos suficientes para reconocer al documento de finiquito eficacia liberatoria, pero no lo son en sentencias más recientes, tal como se ha expuesto».

En el caso ahora enjuiciado la redacción del documento de liquidación y finiquito firmado por el trabajador era la siguiente: «el suscrito trabajador cesa en la prestación de sus servicios por cuenta de la empresa y recibe en este acto la liquidación de sus partes proporcionales en la cuantía y detalle que se expresan al pie, con cuyo percibo reconoce hallarse completamente saldado y finiquitado por todos los conceptos con la referida empresa, por lo que se compromete a nada más pedir ni reclamar». En el desglose de la liquidación sola-

mente se contienen conceptos salariales de devengo superior al mes y vacaciones, «por lo que hasta aquí habría de considerarse, con arreglo a la más reciente jurisprudencia, que esta clase de finiquito no es liberatorio».

Ahora bien, en el documento titulado «manifiestan y convienen», aparte de reproducir con redacción ligeramente diferente esas mismas expresiones, en la cláusula segunda se estipula «que al trabajador le fue comunicada la extinción de su contrato con efectos del día 31-5-2011, notificación escrita en la que se manifestaban los hechos motivadores de aquella, decisión que el trabajador reconoce procedente». Y «este expreso reconocimiento por parte del trabajador de la procedencia del despido por los hechos que constan en la carta que se le ha notificado» (dato que no concurre en las sentencias del TS de referencia) constituye según la sentencia «una manifestación de voluntad de aceptación de tal decisión y no solamente de sus efectos extintivos ejecutivos, sino de las consecuencias de la calificación de procedencia, que son la ausencia de derecho a indemnización y a salarios de tramitación». Por ello, aunque no exista transacción (pues el trabajador no recibe compensación alguna) y la decisión extintiva haya partido de la empresa, «se cumple el presupuesto de la concurrencia de la voluntad del trabajador en la extinción del contrato, al formular su aquiescencia a los hechos imputados y a la calificación de procedencia del despido con los efectos legales que conlleva», quedando como consecuencia el trabajador «vinculado por un acto propio de inequívoco contenido dotado de un claro significado jurídico».

La inexistencia de vicios de la voluntad se desprende claramente de los hechos probados, donde se afirma que el actor es italiano pero comprende perfectamente el español, y que, al igual que el resto de encargados, ha estado presente en los despidos de los trabajadores a su cargo y conoce la trascendencia de un despido y el significado de un documento de saldo y finiquito. Aparte de que ha quedado probado que el propio día del despido el actor «llamó a una compañera y le contó las condiciones de su despido, y cuando ésta le indicó que le habían pagado muy poco, el demandante manifestó que le daba igual ya que lo que quería era acabar con el tema». Téngase en cuenta a mayor abundamiento que la sentencia «considera acreditados los hechos imputados en la carta de despido, en los que consta en síntesis que el actor, encargado de comercio textil, el día 13 de mayo entregó confiadamente cinco cajas de mercancía que acababa de recibir en la tienda a un extraño que se hizo pasar por empleado de la empresa UPS, y que le dijo que se había producido un error en esa entrega y que debía devolver las cajas, pues ya le entregaría UPS a lo largo de la mañana las cajas que le correspondían a la tienda; el actor no comprobó la identidad de esa persona, que no iba uniformada como es regla en UPS, y que simuló hacer una llamada de teléfono de comprobación con su propio teléfono móvil que le pasó al actor; el demandante entregó las cajas sin exigir tampoco ningún albarán o documento de esa entrega cuando los encargados tienen prohibido realizar devoluciones de mercancía entregada sin orden de gerencia o del supervisor. El día anterior había recibido además 15 cajas de ropa, percatándose al abrir una de ellas de que faltaban las piezas correspondientes a otra caja más, y de esa incidencia no dio cuenta a la supervisora, haciéndolo el día siguiente, y ello porque se había producido el hecho anteriormente relatado.

Estamos por consiguiente ante un evidente supuesto de despido procedente, pues no ha de olvidarse que «en la causa de despido de transgresión de la buena fe contractual caben tanto comportamientos dolosos del trabajador como aquellos que impliquen una

falta de diligencia que por afectar a deberes esenciales del contrato de trabajo encierran la máxima gravedad», diligencia que «ha de exigirse con mayor rigor de acuerdo con la responsabilidad del puesto desempeñado y confianza que en el mismo depositó la empresa». El comportamiento del actor del día 13 de mayo incurre por ello claramente en la causa de despido analizada, ya que contraviene expresamente la normativa de la empresa y entrega sin ninguna comprobación mercancía a un extraño. Como consecuencia de todo ello debe admitirse la validez de la extinción del contrato, pues «aun en caso de no considerar la eficacia liberatoria de los documentos de saldo y finiquito se habría de absolver a la empresa» dado el carácter procedente del despido.

B) Condición más beneficiosa

Según la **STSJ de Madrid de 5 de septiembre de 2012**, IL J 1286/2012, el percibo por el trabajador de un plus de nocturnidad no constituye condición más beneficiosa cuando no se acredita claramente la voluntad de la empresa de conceder tal ventaja, de modo que prestando servicios en turno de día no tiene la empresa obligación de abonar tal complemento. Dice la sentencia que «no nos hallamos ante una condición más beneficiosa por el hecho que el plus de nocturnidad se continuase abonando cuando ya no realizaba el trabajo en el turno de noche, al no desprenderse que exista una intención de que se incorporase al patrimonio del trabajador con carácter permanente», máxime cuando hay indicios (por ejemplo la suscripción de cierto acuerdo con los trabajadores) que revelan que la intención del cuestionado complemento era específica («disminuir las diferencias salariales no justificadas»), lo que hace posible suprimir la ventaja cuando desaparezcan las circunstancias que la justifican. Por otro lado, la sentencia también afirma que el hecho de que el complemento se mantuviera tras la subrogación (la ventaja reconocida al trabajador procedía de una empresa anterior cedente), «tampoco es indicativo de la intención de que se incorporase a la retribución salarial con carácter permanente», toda vez que «el tiempo abonando el mismo, que no excede de los dos años, no fue prolongado».

6. EFECTOS *EXTRA PROCESO* DE LAS SENTENCIAS

De los efectos *extra proceso* de las sentencias se ocupa la **STS de 10 de julio de 2012**, IL J 1074/2012, en la que se estima la reclamación de un plus de polivalencia por el desempeño de funciones distintas a las de la categoría profesional o puesto de trabajo. Resuelve la sentencia que los trabajadores tienen derecho al referido plus toda vez que el referido derecho ya había sido reconocido en virtud de una sentencia anterior, imponiéndolo así por tanto la llamada fuerza de «cosa juzgada positiva». Conforme al art. 222.4 LEC, dice la sentencia 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». Este efecto positivo de la cosa juzgada «opera en el presente proceso, al cumplirse todos los requisitos exigidos en el precepto (222.4 LEC), pues en ambos casos son los mismos litigantes y se trata de la misma cuestión litigiosa, resuelta con valor de cosa juzgada en un proceso anterior». Así

pues, «reconocido en el caso —por sentencia firme— el derecho al plus de polivalencia, y sin que se constate variación alguna en la situación profesional de los actores respecto a la examinada en la sentencia que reconoce tal derecho, en el periodo de tiempo que ahora es objeto de reclamación», ha de reconocerse el derecho controvertido, pues «lo decidido en el primer proceso (reconocimiento del plus de polivalencia) actúa en el segundo como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado», obligando al juzgador a apreciar de oficio el efecto de cosa juzgada.

El valor de cosa juzgada positiva de las sentencias vuelve a utilizarse en la **STS de 4 de octubre de 2012**, IL J 1265/2012, en relación a una demanda de conflicto colectivo en la que un conjunto de trabajadores reclamaba determinados complementos vitalicios de jubilación y de viudedad-orfandad. La sentencia deniega los complementos solicitados argumentando que sobre una parte de ellos, los de jubilación, no puede pronunciarse por impedírsele así el principio de cosa juzgada negativa (al tratarse de una cuestión ya resuelta), mientras que en relación a los otros, los de viudedad-orfandad, sólo puede pronunciarse respetando las indicaciones de lo anteriormente resuelto acerca de esta cuestión, de acuerdo con el principio de cosa juzgada positiva.

Dice en efecto la sentencia que la cuestión de la mejora de viudedad ha sido objeto ya de anteriores pronunciamientos, recaídos no sólo sobre esa cuestión, sino con ocasión de demandas formuladas por la misma parte actora y frente a la misma demandada. Así, pues, respecto de esta parte del *petitum*, se hace de plena aplicación lo dispuesto en el art. 222.1 LEC, que se refiere al efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada y a cuyo tenor «la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo». La cosa juzgada —dice la sentencia— «es una proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, exigiendo que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas». La sentencia aclara además que en el ámbito de la relación laboral, por ser de «tracto sucesivo y susceptible de planteamientos plurales por distintos sujetos de una idéntica pretensión» procede además «una concepción amplia de la cosa juzgada y la consiguiente interpretación flexible de sus requisitos», de manera que «no ha de excluirse el efecto de cosa juzgada material por el hecho de que en los procesos puestos en comparación se hayan ejercitado acciones distintas por sujetos diferentes».

El efecto de cosa juzgada negativa, que es claro en relación a la pretensión relativa a la pensión de viudedad, en la que concurren «las tres identidades propias del efecto negativo de la cosa juzgada que impiden el ulterior proceso», no lo es tanto sin embargo en relación a la pretensión relativa al complemento de jubilación. Sin embargo, según el art. 222.4 LEC, «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 es éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que litigantes en ambos procesos sean los mismo o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal». Se trata del llamado «efecto positivo» de la cosa juzgada, respecto del cual se ha sostenido que «se configura como una especial vinculación que, en determinadas condiciones, se produce entre dos

sentencias, en virtud de la cual lo decidido por la resolución dictada con carácter firme en el primer proceso vincula la decisión que ha de adoptarse en la segunda cuando la primera decisión actúa como elemento condicionante de carácter lógico o prejudicial en la segunda». Sobre estas bases, y partiendo de la base de que se dan las coincidencias y/similitudes legalmente exigidas, la sentencia desestima la pretensión relativa a los complementos de jubilación reclamados por derivarse ello «de los pronunciamientos que han de servir de antecedente vinculante para alcanzar la solución a este punto».

En relación a los múltiples conflictos suscitados acerca de a si la modificación de jornada y retribución de los profesores de religión en centros públicos de enseñanza en función de la demanda de esta asignatura por los alumnos —dado su carácter optativo— constituye o no modificación sustancial de las condiciones de trabajo, respecto de la que se ha dado por cierto una respuesta negativa, nos recuerda la **STS de 20 de julio de 2012, IL J 1053/2012**, que las sentencias de conflicto colectivo en las que se resuelve la interpretación de una norma jurídica tienen valor «cuasinormativo», debiendo afectar a los procedimientos individuales posteriores. En efecto, dice la referida sentencia que el efecto aludido debe admitirse «en aplicación de lo previsto en el artículo 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral (hoy art. 160.5 LRJS)», según el cual la interpretación de disposiciones normativas fijada en una sentencia de conflicto colectivo viene a producir «efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto».

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.**

E) **Trabajos familiares.**

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

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.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

G) Trabajos de colaboración social

STS de 5 de julio de 2012 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina n.º 3604/2012), IL J 1070/2012

1. El caso contemplado tiene por objeto dos cuestiones. En primer lugar, la calificación jurídica como laboral o como trabajo de colaboración social de la relación en virtud de la cual la actora realizaba tareas de ordenanza para la Administración Pública. Y, en segundo lugar, subsidiariamente, la calificación jurídica del acto de cese como despido nulo por discriminación, al ser la enfermedad de la actora el motivo del cese.

La actora prestaba servicios para la Abogacía del Estado de las Palmas de Gran Canaria a través de un contrato de colaboración social. Antes de finalizar el plazo de duración de dicho contrato, la actora entró en situación de incapacidad temporal por enfermedad, en la que permanecía cuando le fue entregada la comunicación de cese en el trabajo.

La actora demandó a la Administración Pública por entender que la relación entre las partes tenía carácter laboral y, por tanto, el cese era en realidad un despido nulo o, subsidiariamente, improcedente.

2. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda de la actora, reconociendo la existencia de una relación laboral y la improcedencia del despido. Recurrida dicha sentencia en suplicación por ambas partes, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Abogado del Estado y estimó el recurso interpuesto por la parte actora, declarando la nulidad del despido por considerar discriminatoria la causa del mismo (la situación de incapacidad temporal de la trabajadora).

Frente a esa sentencia, el Abogado del Estado interpuso recurso de unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, el cual estimó las pretensiones de la parte demandada, descartando la calificación de laboralidad de la relación entre las partes y declarando, por consiguiente, innecesario el examen del motivo del recurso relativo a la discriminación del cese por enfermedad de la actora.

Conforme a la sentencia aportada de contraste por el Abogado del Estado, «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».

Por otro lado, dicha sentencia exige que la adscripción a un trabajo de colaboración social nunca tenga una duración mayor a la que falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio de desempleo que se le hubiera reconocido (motivo por el cual siempre será de carácter temporal), no pudiendo guardar relación esta temporalidad con la temporalidad por obra o servicio determinado a que se refiere el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.

El Tribunal Supremo estimó dichos argumentos, calificando el contrato formalizado entre la actora y la Abogacía del Estado como un contrato de trabajo de colaboración

social. Conforme a lo establecido en el artículo 213.3 de la Ley General de la Seguridad Social, dichos contratos, que la entidad gestora puede exigir a los perceptores de prestaciones sociales por desempleo, no implicarán la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en que se presten dichos trabajos.

Asimismo, el Tribunal Supremo analizó que, en el presente caso, la sentencia recurrida se apartaba conscientemente de la jurisprudencia ordinaria y de la jurisprudencia constitucional sin aportar la necesaria justificación para ello, destacando que el apartamiento de la jurisprudencia comporta un deber especial de argumentación razonable y novedosa por parte del órgano judicial que lo lleva a cabo, deber que no se observa en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. A modo de ejemplo, menciona como posible justificación para apartarse de la jurisprudencia ordinaria que existan diferencias relevantes en los litigios enjuiciados, que se aporten nuevos argumentos no tenidos en cuenta en la doctrina del Tribunal Supremo, o que se haya producido un cambio significativo en la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, tal y como recoge el artículo 3.1 del Código Civil.

En cuanto a la enfermedad como causa de discriminación en caso de despido, el Tribunal Supremo recuerda la doctrina de la sala y la del propio Tribunal Constitucional en STC 62/2008, ambas en el sentido de calificar de improcedente y no de nulo el despido motivado por la enfermedad del trabajador. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012 analiza que «la discriminación del artículo 14 de la Constitución está ligada a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas entre las que no se encuentra en principio la enfermedad, cuando es tenido en cuenta en la decisión de despido como mera incapacidad para el trabajo causante de una disminución del rendimiento del trabajador».

No obstante, al haber estimado el primer motivo del recurso relativo a la calificación de la relación mantenida entre las partes como trabajo de colaboración, y no como relación laboral, el Tribunal Supremo consideró innecesario el examen del segundo motivo del recurso, relativo a una calificación del cese como despido.

3. Compartimos el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo comentada, en cuanto que los trabajos de colaboración social realizados por los perceptores de prestaciones de desempleo en actividades de utilidad social son temporales por estar relacionados con la duración de dichas prestaciones, con independencia de la temporal o no de los trabajos desarrollados.

En consecuencia, la justificación de los trabajos de colaboración social se encuentra en la adscripción del trabajador desempleado a la realización de una función pública que sea de utilidad social y no en la adscripción a una obra concreta y específica.

Por otro lado, resulta sorprendente el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias recurrida en cuanto a la calificación del despido como nulo por discriminatorio al ser la enfermedad de la trabajadora el motivo del cese.

Este asunto ha sido abordado y resuelto por la jurisprudencia de unificación de doctrina del Tribunal Supremo, así como por la jurisprudencia constitucional, motivo por el que entendemos que la reiterada y pacífica doctrina existente no deja lugar a dudas sobre la improcedencia, y no la nulidad, del despido por enfermedad del trabajador.

STS de 22 de octubre de 2012 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina n.º 4113/2011), IL J 1259/2012

1. La actora venía prestando servicios para la Consejería de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias, desde el 1 de abril de 2001, con retribución salarial fija y periódica. La relación laboral se había articulado, inicialmente, a través de un contrato de trabajo de interinidad, con efectos del 1 de abril de 2001 al 14 de mayo de 2009. Finalizado tal contrato, y siendo perceptora de prestaciones de desempleo, la actora concertó un contrato de colaboración social, al amparo del RD 1445/1982, de 25 de junio, con un período inicial de adscripción del 9 de junio de 2009 al 31 de diciembre de 2009, posteriormente prorrogado del 1 de enero de 2010 al 28 de febrero de 2010 y del 1 de marzo de 2010 al 31 de mayo de 2010. Las funciones y tareas de la actora han sido de aplicación informática y de orden administrativo.

El contrato de la actora se extinguió por la Administración demandada y, con la misma fecha, se declaró asimismo la extinción de otras diecinueve personas en las dos provincias de las islas, bajo la alegación de la reducción paulatina del volumen de los expedientes tramitados. La actora demandó por despido ante el Juzgado de lo Social, tras agotar el trámite de la reclamación administrativa previa a la vía judicial.

El Juzgado de lo Social al que correspondió conocer de la demanda, dictó sentencia estimatoria de 28 de septiembre de 2010, Procedimiento 650/10), declarando el despido improcedente, con los efectos legales de rigor, y recurrida dicha sentencia por ambas partes, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas, confirmó en su sentencia (de 6 de septiembre de 2011, Rollo 669/11) la del Juzgado, con estimación parcial del recurso de la actora en cuanto a sus derechos indemnizatorios, en tanto que desestimó el recurso de la Administración demandada. Contra dicha sentencia, la Administración autonómica se alzó en unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2011, aclarada por auto de 27 de junio de 2011 así como la infracción de lo dispuesto en los arts. 213.3 LGSS y 38 y 39 RD 1445/1982, de 25 de junio.

2. La Sala *ad quem* admite la contradicción sustancial entre las sentencias contrastadas, detallando las circunstancias coincidentes de cada supuesto y, a la vez, la distinta solución dada a estos, puesto que en la sentencia del Tribunal Supremo ofrecida como contradictoria se llegó a la conclusión de que los trabajos de colaboración previstos en las disposiciones legales y reglamentarias aplicables 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.

En ese cotejo de sentencias, desprecia la Sala el dato concurrente en el caso de autos, de que la actora hubiera prestado servicios laborales de interinidad con anterioridad a la suscripción del contrato de colaboración social, al considerarlo un antecedente irrelevante habida cuenta de la naturaleza de la posterior prestación de colaboración social, que es la que se somete a enjuiciamiento. En su razonamiento sobre el fondo, recuerda la sala casa-

cional que la sentencia de contraste (de 9 de mayo de 2011, rcud. 2928/10), procedente de la misma, no es una sentencia aislada, sino que forma parte de un bloque jurisprudencial copioso y reiterado, citando al respecto las SSTs de 24 de abril de 2000 (rcud. 2864/99), 30 de abril de 2001 (rcud. 2155/00), 11 de diciembre de 2008 (rcud. 69/08), 24 de noviembre de 2011 (rcud. 4743/2010) y 7 de diciembre de 2011 (rcud. 1353/2011), cuyos argumentos básicos son los siguientes:

a) Dispone el artículo 213.3 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), 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 artículos 38 y 39 del Real Decreto 1445/82, 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 —artículo 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; coincidan 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 refieren los artículos 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 expresiva de un abuso de derecho o fraude de ley. Como ha afirmado la jurisprudencia (por ejemplo en 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 artículos 14 y 103 de nuestra Constitución.

3. La 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, estimando el recurso de tal clase interpuesto en su día y la revocación de la sentencia de instancia para desestimar la demanda y absolver a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Nada que oponer a la sentencia, por supuesto, y sí solo manifestar la sorpresa que produce —conocida la jurisprudencia inconcusa sobre la materia— que dos órganos judiciales de la relevancia de los intervinientes, de manera sucesiva, desconocieran dicha jurisprudencia para llegar a una solución manifiestamente contraria a las disposiciones legales y a la rica interpretación existente sobre ellas. Algo que a lo mejor habría que atribuir a las habilidades respectivas de los letrados defensores de los litigantes, en la instancia y en el trámite de la suplicación.

4. ZONAS GRISES

A) Transportistas

STSJ de Castilla y León de 24 de julio de 2012 (Recurso de Suplicación n.º 509/2012), IL J 1157/2012

1. Carlos vino prestando servicios por cuenta ajena para la empresa Sociedad General desde 11 de enero de 1993 hasta el 10 de octubre de 1995 como mozo de almacén, habiendo causado baja voluntaria en esta fecha en dicha empresa, recibiendo el correspondiente importe en concepto de finiquito. En 11 de octubre de 1995 Carlos comenzó a desarrollar para la empresa demandada la actividad de distribución de paquetería, recogiendo, clasificando, transportando y entregando los paquetes a quien la empresa demandada le encomendaba, acudiendo normalmente a las dependencias de la empresa demandada, sobre las 07,00 horas, llevando a cabo la ruta de Miranda y Belorado en la provincia de Burgos, acudiendo por la tarde a las dependencias de la empresa demandada cuando acababa la ruta, si tenía que realizar alguna devolución. Percibía cantidades mensuales diferentes en función de las rutas llevadas a cabo cada mes, recibiendo esas cantidades a través de facturas con IVA, con una media de 4.140,08 euros mensuales. Las partes no han suscrito contrato mercantil. El actor es el titular del vehículo con el que realizaba el transporte de paquetería, con tasa máxima autorizada de 3.500 kg, figurando a nombre del demandante el permiso de circulación de dicho vehículo, rotulado con el anagrama de la Sociedad General, cuya empresa abonó dicha rotulación, realizando el actor transporte únicamente para la empresa demandada. No consta que realizara tareas propias de mozo de almacén. El actor abonaba el seguro

de circulación del citado vehículo de su propiedad y tenía tarjeta de transporte. Estaba en alta en el RETA. El 26 de enero de 2012 la Sociedad citada comunicó al demandante que con fecha 12 de febrero de 2012 quedará resuelta la relación contractual que les une.

2. Dice el TSJ que, respecto a las notas de dependencia, ajenidad y carácter personal y retribuido de los servicios prestados, en relación a los transportistas con vehículo propio, existe una reiterada jurisprudencia, según la cual, por el art. 1.3.g) LET, se entiende excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con **vehículos comerciales de servicio público** cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, **aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador**. La prestación de estos servicios **sólo se entenderá excluida del ámbito laboral cuando el transporte de mercancías sea incardinable en el ámbito del transporte público**, según dispone el art. 62.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación del Transporte Terrestre. Se añade que la realidad jurídica por aquél configurada es la prestación de resultado, que no de actividad, realizada por el **transportista al que las normas administrativas califican como empresario del transporte de mercancías por carretera, una vez habilitado para ejercer dicha actividad profesional por reunir las condiciones legalmente fijadas**.

La autorización administrativa que refiere el art. 1.3.g) LET, como causante de la extralaboralidad del vínculo, es la específica para determinados vehículos en función del tonelaje de carga. Y el criterio de **la autorización administrativa exigido a los transportistas con vehículo propio a partir de un cierto tonelaje refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad, que es indicativa a su vez del carácter por cuenta ajena o por cuenta propia del servicio de transporte realizado** (STS de 5 de junio de 1996).

En consecuencia, dado que el demandante es titular de tarjeta de transporte para vehículo cuya tasa máxima autorizada asciende a 3.500 kg, superándose así el límite reglamentario que fija la normativa antes citada para la necesidad de dicha autorización, **que sienta la línea divisoria entre las actividades que pueden resultar encuadradas en el ámbito de las relaciones laborales, y aquellas que deben quedar excluidas** por aplicación del párrafo segundo del art. 1.3.g) ET, no concurriendo por ende las notas de ajenidad, dependencia y retribución exigidas, el contrato existente no es de trabajo.

3. La doctrina que expresa el TSJ no es incorrecta, pero lo que es incorrecto es su aplicación al caso en examen.

El demandante **no es un transportista público**, sino un colaborador del empresario que **se dedica, solo para él, a la actividad de distribución de paquetería, recogiendo, clasificando, transportando y entregando los paquetes a quien la empresa demandada le encomendaba**. Se somete a las instrucciones del empresario, día a día, acude a por los paquetes que ha de distribuir a las 7:00 horas, y tiene dos amplias rutas de distribución, lo que corresponde a la facultad organizativa del empresario. Vuelve por la tarde al acabar la ruta, al objeto de realizar las devoluciones que no haya podido entregar. Percibía cantidades mensuales diferentes en función de las rutas, lo que no es sino un sistema de remuneración por rendimiento o tarea, con abono mensual, como marca el art. 29.1 LET. **Es manifies-**

tamente indiferente que se liquide IVA o se disfrace de otro modo el pago del salario. Ese tema tan solo tendrá consecuencias en el orden tributario y de seguridad social. La media mensual de 4.140,08 euros puede incluir previsiblemente una **compensación por la aportación de herramienta propia** (la furgoneta y sus gastos) o de **una participación como trabajador y como pequeño capitalista**, respecto de lo que no existe la mínima duda para aceptar la laboralidad del vínculo (la jurisprudencia parte de esa realidad, de modo que al tiempo que acepta la condición del trabajador-accionista, afirma que no puede ser elemento diferenciador perjudicial la de ser trabajador-no accionista, como se dice en la STS de 25 de mayo de 2006).

Si las partes no han suscrito contrato mercantil, no parece que ese sea su deseo, aunque es indiferente también el nombre que las partes den a su contrato. Es poco razonable que el TSJ reconozca que el actor realizaba las tareas de reparto/transporte únicamente para la empresa demandada y concluya que no es contrato de trabajo, una vez que se han expresado suficientemente elementos relevantes para reconocer la existencia de un trabajo personal, no organizado como empresa, dependiente, por cuenta ajena y remunerado.

Sencillamente, no ha tenido en cuenta que el **Convenio Colectivo Nacional del Ciclo de Comercio del Papel y Artes Gráficas** define la categoría profesional de Repartidor/Conductor, como la que ostenta la persona no autónoma que realiza las funciones de **conducción de vehículos de motor, la carga, traslado y entrega de los productos de la empresa a los clientes o a los puntos de venta de estos, que efectúa los cobros y lleva a cabo la recogida de ejemplares y productos devueltos, teniendo la obligación de hacer la entrega de los productos y ejemplares recogidos por las devoluciones y el importe de los cobros realizados en el lugar que la Empresa determine para cada caso concreto, debiendo también realizar labores básicas de mantenimiento de los vehículos cuya conducción se le encomiende.**

Es un elemento **marginal, irrelevante, que ese vehículo con el que trabaja en los repartos, no para el público, sino exclusivamente para su empresario, sea propiedad del trabajador y lo ceda o alquile o aporte como capital a la sociedad.** Conviene recordar que **no concurre a libertad de actuación propia del profesional, cuando existen directrices uniformadoras en la realización del trabajo, control del trabajo mediante comunicación directa con las personas encargadas del mismo, penalización en el retraso de su conclusión y asignación de zonas geográficas para su desarrollo** (STS 22 de abril de 1996).

Sencillamente se trata de **una decisión arrastre de una doctrina, que es manifiestamente inaplicable a este caso.**

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

STSJ de Extremadura, de 23 de julio de 2012 (Recurso de Suplicación n.º 323/2012), IL J 1160/2012

1. La Sala de lo Social del TSJ de Extremadura procede a resolver el recurso de suplicación planteado por la MANCOMUNIDAD INTEGRAL DE SERVICIOS VEGAS BAJAS frente a la sentencia de instancia que reconocía la naturaleza laboral de la prestación de

servicios mantenida entre la recurrente y D. Eulalio, y el carácter de despido improcedente de la extinción impugnada por este último. Los hechos probados de los que se parte son los siguientes: a) El actor, D. Eulalio, inició su prestación de servicios laborales para la MANCOMUNIDAD, bajo la modalidad contractual de contrato por obra o servicio determinado, con la categoría de gerente, vinculado al convenio suscrito con la Junta de Extremadura de 2006; b) Este contrato por obra o servicio fue prorrogado por 12 meses más; c) Seguidamente, las partes celebraron un segundo contrato por obra o servicio determinado para realizar las mismas funciones que venía ejercitando; d) Se aportan actas de la sesión ordinaria de la Asamblea General de la MANCOMUNIDAD en la que consta el debate abierto sobre las consecuencias jurídicas que podían acarrear si se renovaba una vez más el contrato del Gerente, puesto que se podrían adquirir derechos por parte del trabajador para ocupar la plaza de forma indefinida, sin que se hubiera aplicado la legislación del Régimen Local, ni en materia de empleo público; e) La Asamblea acuerda nombrar al actor como Gerente de la Mancomunidad como personal eventual de confianza, con cargo a créditos contemplados en los Presupuestos de la recurrente; f) En sesión extraordinaria de la Asamblea General de la Mancomunidad celebrada en 2011 se acuerda cesar en sus funciones al Gerente en la medida en que se ha producido el cese del Presidente que lo nombró.

2. El TSJ de Extremadura desestima los tres motivos planteados en suplicación por la MANCOMUNIDAD. El primero de los motivos alegados —incompetencia de la jurisdicción social—, es desestimado. La Sala reconoce su competencia porque lo que se aprecia es una clara irregularidad en la contratación, por mucho que la contratación la haya realizado una Administración Pública. Como segundo motivo se alega la vulneración del derecho fundamental de defensa de la recurrente; motivo que es igualmente desestimado, pues la parte actora no ha introducido hechos ni alegaciones distintas a las planteadas en el escrito de demanda, centrada en la prueba de la irregularidad de la contratación laboral. Finalmente, el tercer motivo de suplicación se basa en la infracción de los arts. 12.3 del Estatuto Básico del Empleado Público y 104.2.d) de la Ley de Bases de Régimen Local, puesto que el nombramiento y cese del personal eventual de confianza es libre y se produce automáticamente cuando se produce el cese o expira el mandato de la autoridad a la que prestan su función de confianza o asesoramiento. Este tercer motivo tampoco es estimado, pues la sentencia de instancia analiza la irregularidad en toda la cadena de contratación del trabajador.

3. Resulta muy llamativo que, haciendo uso de un recurso excepcional como es el de suplicación, se intente armar una argumentación jurídica incompatible en todo caso con la realidad manifestada en el acta de la asamblea general de la MANCOMUNIDAD. En justicia, no ha de ser posible solucionar en recurso una irregularidad reconocida por los miembros de la Asamblea; miembros que también muestran ser conocedores de las consecuencias jurídicas de esas irregularidades; los mismos que buscan soluciones alternativas para eludir la aplicación de la legalidad a través del «cargo de confianza». Ante la prueba aportada no cabe más solución, ni mayor debate, que la declaración de la comisión de un fraude de ley por una administración pública, que, cuando menos, ha de ser sancionada con las consecuencias declaradas en instancia y confirmadas en suplicación.

J) Otros**STSJ de Madrid de 20 de julio de 2012 (Recurso de Suplicación n.º 2892/2012), IL J 1171/2012**

1. La delegación de la Generalidad de Cataluña en Madrid y la Fundación de la Universidad Autónoma de Madrid (FUAM) suscribieron un convenio de colaboración en el año 2009 para la concesión de becas formativas en las dependencias de la Generalidad de Cataluña.

En el marco de dicho convenio, la FUAM publicó el procedimiento para la concesión de becas de colaboración para la formación de estudiantes de la UAM en el Centro Cultural Blanquerna, dependiente de la Delegación de la Generalidad de Cataluña en Madrid, especializado en la cultura catalana.

La convocatoria de becas formativas establecía: «se concederán siempre que conlleven un eminente contenido formativo: el contenido de la beca debe desarrollar de forma práctica las enseñanzas teóricas que el estudiante ha adquirido en sus estudios en la UAM debiendo realizar las tareas relacionadas con los mismos. Se concederán a estudiantes de la UAM que cursen en el momento de comenzar las prácticas, enseñanzas regladas (grados, licenciaturas propias de la UAM); no podrán superar un horario de treinta horas a la semana con el fin de que puedan compaginar sus estudios con el contenido y obligaciones de la beca, la ayuda económica estará comprendida entre 340 y 850 euros brutos; el becario deberá tener asignado un tutor; la beca tendrá como duración máxima el plazo de un año; la FUAM entregará al becario una credencial justificativa de la beca; la bolsa o ayuda se abonará mensualmente por parte de la fundación; al finalizar las prácticas del estudiante la Entidad colaboradora se comprometerá a expedir un certificado en el que conste la duración, las tareas desempeñadas y el nivel de aprovechamiento de las mismas».

La demandante en instancia, estudiante de filosofía en la Universidad Autónoma de Madrid, solicitó y obtuvo una beca de formación desde el 1 de enero de 2011 hasta el 31 de julio de 2011. El objetivo concreto de la beca era reforzar la formación teórica de la estudiante mediante la realización de prácticas que le permiten aplicar y ampliar sus conocimientos formándose en funcionamiento y gestión de una librería, fondos editoriales, compras, devoluciones, pedidos, así como de programa informático de gestión de librerías y catalogación de libros.

Para supervisar el desarrollo de la beca se nombró un tutor en la institución de destino. El tutor tenía el mismo horario que el desarrollado por la becaria y era el responsable de su programa formativo en la institución.

El programa para la formación de becarios de la institución consistía en una primera etapa en el aprendizaje de las tareas básicas de la librería tales como colocación de libros y manejo del programa Galatea. Una vez superada esa fase se introducía al becario en tareas más complejas como gestión de pedidos y depósitos, entrada de albaranes así como compras y devoluciones de libros. Como ayuda al estudio la becaria recibía 600 euros mensuales.

Durante el periodo de disfrute de la beca en la librería prestaban sus servicios cuatro trabajadores y cuatro becarios. Actualmente, desde septiembre de 2011, no hay ningún becario. Desde el 16 de enero de 2012 solo hay tres trabajadores.

Los trabajadores se reúnen periódicamente con el secretario de la Delegación del Gobierno para coordinar su actividad, a dichas reuniones no acuden nunca los becarios. Además, los trabajadores son los únicos que pueden abrir y cerrar la librería, y tienen una serie de tareas asignadas que nunca pueden ser realizadas por los becarios.

El control horario de entrada y salida del personal contratado por la Generalidad en la Librería Blanquerna se lleva a cabo a través del sistema informático; además, en la librería existían unas hojas llamadas «FULL de control horario», donde firmaban tanto los trabajadores de la Generalidad como los becarios como forma de controlar las incidencias que se podían producir.

La becaria con motivo del día de San Jordi, 23 de abril de 2011, y el día de la «Noche de los libros», 27 de abril de 2011, realizó un horario de 10 horas a 23 horas, recibiendo en cada caso, de la Generalidad de Cataluña, la cantidad de 120 euros.

Tras el descanso estival la becaria intentó reincorporarse a su actividad en la librería. El personal de la Generalidad le comunicó que dicha reincorporación no era posible al haber finalizado su beca.

Ante la imposibilidad de reincorporarse la becaria presentó papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación y Arbitraje al entender que en realidad su vinculación con la librería tenía naturaleza laboral. Por tanto, la denegación de su reincorporación fue en realidad un despido.

El Juzgado de lo Social desestimó la demanda planteada al entender que entre demandados y demandantes no había una relación laboral. Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

2. El recurso interpuesto por la demandante se funda seis motivos. Cuatro de ellos dirigidos a revisar el relato fáctico de la sentencia y los otros dos destinados a solicitar la correcta interpretación y aplicación del derecho aplicable al caso que nos ocupa.

No merecen el acogimiento de la Sala la revisión de los hechos solicitada por la demandante. Las modificaciones o incorporaciones solicitadas son intrascendentes para decidir sobre el *petitum* del recurso.

Los motivos del recurso destinados a evidenciar errores *in iudicando* se centran en alegar la vulneración de los artículos 1.1 y 15.3 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, así como el 6.4 del Código Civil.

La Sala recuerda la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que delimita la figura del becario de la del contratado laboral. Por todas, Sentencia de 13 de junio de 1988, 22 de noviembre de 2005, 4 de abril de 2006 y 29 de mayo de 2008.

En todas ellas el Tribunal Supremo reconoce que la beca y el contrato comparten elementos comunes que hacen conflictiva la delimitación de estas figuras. Tanto en la beca como en el contrato se da una remuneración por una prestación de servicios; además, tanto en la beca como en la relación laboral hay una prestación de servicios. La diferencia, pues, radica en que el becario, que ha de cumplir ciertas tareas, no las realiza en línea de contraprestación, sino de aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que la beca representa.

Con base en la anterior jurisprudencia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictamina que no hay relación laboral entre becaria y librería. El Tribunal Superior de Justicia identifica los elementos caracterizadores de una beca en la medida en la que el trabajo de la becaria no era incorporado al patrimonio del pretendido empleador. Asimismo, la beca tenía la función de completar y mejorar los estudios de la estudiante. Por ello, El Tribunal desestima el recurso planteado y confirma la sentencia recurrida.

3. Las figuras fronterizas del Derecho del Trabajo son, sin duda, fuente continua de conflicto y de litigiosidad. Originan conflictos por las similitudes y coincidencias con las relaciones laborales, algunas veces coincidentes casi hasta la totalidad. Son las llamadas zonas grises del Derecho del Trabajo. Generan litigiosidad porque las figuras fronterizas se sitúan extramuros de la protección que otorga el Derecho del Trabajo.

Es conocido que el artículo 8.1 Estatuto de los Trabajadores acoge una presunción *iuris tantum* de laboralidad. De tal suerte que salvo prueba en contrario debamos reconocer el amparo del ordenamiento laboral.

La presunción se destruye en este caso porque la prestación de servicios de la becaria no se incorpora al patrimonio de la entidad que concede la beca junto a la FUAM. De hecho, la librería en la actualidad funciona incluso con menos personal laboral contratado. Ello demuestra que la actividad de los becarios no era necesitada por la entidad, sino que estaba destinada a incrementar los conocimientos de la estudiante. Además, había actividades y reuniones reservadas para el personal laboral de la entidad, que no podían ser prestadas por los becarios.

Asimismo, en cuanto al beneficio de la actividad prestada por la becaria, este debe interpretarse como un elemento destinado a reducir la onerosidad de la beca. Lo mismo ha de interpretarse respecto del beneficio económico de la becaria.

El análisis del caso planteado debe conducir a desestimar el recurso planteado, como acertadamente hace el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y a estimar que la relación que unía a estudiante e institución era la de una beca. Relación presidida por el ánimo de favorecer el conocimiento de la estudiante y alejada del rendimiento patrimonial característico de las relaciones laborales.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL (dir.)
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA (Hogan Lovells)
DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA
MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR (coord.)
MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ
JESÚS GONZÁLEZ VELASCO
LUIS GORDO GONZÁLEZ

III. EMPRESARIO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. GRUPO DE EMPRESAS.
 - A) **Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia.**
3. CONTRATAS.
 - A) **Responsabilidad solidaria de la empresa principal. Concepto de propia actividad.**
 - B) **Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad.**
4. CESIÓN ILEGAL.
 - A) **Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata.**
 - B) **La cesión ilegal como cuestión previa en el proceso de despido.**
5. SUCESIÓN DE EMPRESAS.
 - A) **Concepto de transmisión. Adquisición de inmueble en subasta judicial.**
 - B) **Sucesión de contratas.**
 - C) **Sucesión de contratas prevista en convenio colectivo.**
 - D) **Efectos jurídicos de la subrogación. Plus salarial.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 10, 11 y 12 de 2012 de la revista *Información Laboral* que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas y cesiones de trabajadores) 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 a la Sala Cuarta de este, 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) Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia

El ordenamiento laboral español no dispone de un tratamiento general y sistemático de los grupos empresariales, a pesar de lo cual la jurisprudencia laboral se ha ocupado tradicionalmente de este fenómeno en determinados supuestos. Como regla general, la existencia de un grupo de empresas no altera la identificación del empleador ni la atribución de las responsabilidades básicas en materia laboral de quienes prestan servicio en alguna de las empresas del grupo. Las sociedades que componen un grupo empresarial poseen personalidad jurídica propia a todos los efectos y, por ello, deben también responder de manera independiente de las obligaciones laborales adquiridas por cada una de ellas. Para que se produzca la extensión de responsabilidad de forma solidaria entre las empresas que forman el grupo, según jurisprudencia consolidada, es necesario que concurren algunos de estos elementos adicionales: funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva a favor de varias empresas del grupo; creación de empresas aparentes sin sustento real; confusión de plantillas, patrimonios, apariencia de unidad de empresarial y unidad de dirección. La **STSJ de Asturias de 25 de mayo de 2012, IL 1090**, analiza la presencia o no de alguno de los elementos citados, con ocasión de un asunto de despido colectivo por cierre del centro de trabajo, en la que se determina el concepto de empleador *ex* artículo 1.2 ET a efectos de la responsabilidad solidaria por despido declarado improcedente. Los demandantes trabajaban como profesores en una Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, de la que era titular el Patronato del mismo nombre; de dicho Patronato formaban parte el Alcalde del Ayuntamiento, como presidente del mismo, más cuatro representantes del citado Ayuntamiento y representantes de la Universidad de Oviedo, de la Consejería de Educación y Cultura, Caja de Ahorros y otras entidades. El Ayuntamiento acuerda en abril de 2009 instar al Patronato el cese en la incorporación de alumnos en el primer curso de la Diplomatura de Relaciones Laborales en el curso académico 2009/2010, siendo finalmente extinguido el Plan de Estudios por Decreto de 11 de mayo de 2011 del Principado de Asturias, así como revocada la adscripción del centro a la Universidad de Oviedo y se procede al cierre del centro. Declarado el despido colectivo como improcedente y condenado el Patronato, la sentencia referida considera responsable solidario al Ayuntamiento al haber ejercido la condición de empresario, toda vez que era el único patrono que sustentaba al Patronato a través de sus aportaciones económicas y es el que decide el cese en la incorporación de alumnos que lleva posteriormente al cierre del centro, por lo que:

«Partiendo de lo anterior y de la posición prevalente que como entidad que sostiene económicamente la Escuela ocupa el Ayuntamiento, razón por la cual decide sobre su viabilidad y futuro y asume las responsabilidades que deriven de tales decisiones, cabe concluir que el Patronato se constituye para la organización y gestión del Centro, pero propiamente es tal entidad local quien tiene encomendada la adopción de las medidas necesarias para su funcionamiento, sin que los restantes miembros del Patronato actúen como empleadores *ex* artículo 1.2 ET, al ser meros componentes del mismo y tener atribuido poder decisorio alguno. Este planteamiento se confirma, además, con la circunstancia de que la responsabilidad solidaria pretendida de todos los demandados ha sido declarada por sentencia que

no consta recurrida, del Juzgado de lo Social núm. Tres de Gijón, en supuesto idéntico al aquí analizado».

También analiza la concurrencia o no de los criterios jurisprudenciales citados para determinar la existencia o no de grupo de empresas a efectos de responsabilidad laboral, la **STSJ de Castilla y León de 18 de julio de 2012, IL 1184**, con ocasión de un despido objetivo por causas económicas, al entender el demandante que el mismo debía ser declarado improcedente por no concurrir la causa económica que alegaba la empresa, ya que al encontrarse ésta integrada en un grupo, disponía de activos y de liquidez suficientes por lo que no estaba facultada para despedir al trabajador. Razona la sentencia, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil, y que el reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo, concluyendo que estos factores configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades. En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales. No habiéndose probado la concurrencia de ninguno de estos factores específicos, considera la sentencia que no estamos ante un grupo de empresas a efectos laborales, sin que a ello sea objeción el que las empresas en cuestión tributen en régimen de consolidación fiscal, por lo que no cabe entender que deba tenerse en cuenta el patrimonio de todas las empresas del grupo para determinar la concurrencia de la causa económica que alega el empresario, y por ello no cabe responsabilidad alguna al resto de empresas demandadas.

A igual conclusión llega la **STS de 23 de octubre de 2012, u.d., IL 1257**, que también con ocasión de un despido objetivo por causas económicas analiza si concurren los requisitos para considerar la existencia de grupo de empresas a efectos laborales, afirmándose que no resultando de los hechos probados la concurrencia de los requisitos necesarios exigidos por la jurisprudencia para decretar dicha responsabilidad, al tratarse de empresas en las que, aunque en todas ellas figure como administrador la misma persona, no se ha acreditado que entre ellas medie confusión de actividades y patrimonios, o que se haya producido una transmisión significativa de elementos patrimoniales ni personales, ni que exista un criterio de caja única u otra apariencia de la que pueda derivarse la existencia de un grupo empresarial para decretar la responsabilidad solidaria de todas ellas.

Complementariamente a lo anterior, para la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2012, IL 1022**, ante circunstancias de hecho claramente opuestas, el hecho de que la empresa matriz del grupo tenga cuentas y fiscalidad consolidadas, y unidad de dirección en la matriz, de la que penden divisiones, con un administrador único que es el responsable de todas las sociedades del grupo, junto a la existencia de confusión patrimonial y caja común, con entrecruce de créditos y la confusión de plantillas, en la medida en que ha habido prestaciones sucesivas de trabajo entre diferentes sociedades del grupo y acuerdos de intercambio de plantilla entre algunas de ellas, determina la existencia de gru-

po de empresas a efectos laborales alegado por la propia empresa matriz. En esta ocasión, es el propio grupo de empresas el que se basa en su carácter de grupo de empresas a efectos laborales para basar en ello su legitimidad para instar un despido colectivo como tal grupo, llevando a cabo un único procedimiento de consulta y negociación común para todas las empresas del grupo afectadas por el despido colectivo por causas económicas. A partir de su consideración como grupo de empresas a efectos laborales, la sentencia argumenta sobre la legitimidad del grupo como tal para instar un despido colectivo, ya que:

«... en definitiva, se tiene en cuenta la situación económica del grupo porque es éste el empresario real. Carece de lógica traerlo a colación para apreciar la concurrencia de causa objetiva, y sin embargo ignorarlo cuando pretende hacerla valer».

3. CONTRATAS

A) Responsabilidad solidaria de la empresa principal. Concepto de propia actividad

El Estatuto de los Trabajadores establece, para los casos de relaciones entre empresas a través de contrata de obras y servicios, una serie de responsabilidades a cargo de la empresa principal con respecto a los trabajadores de la empresa o empresas auxiliares, como una forma de garantizar que el trabajo a través de fórmulas triangulares en contrata no suponga una merma de efectividad para algunos derechos básicos de los trabajadores (art. 42 ET). Estas responsabilidades, no obstante, son limitadas por la propia norma, de entrada, a un tipo concreto de contrata, esto es, aquellas en las que las obras o servicios contratados por la principal son o pertenecen a su propia actividad. El concepto de propia actividad ha sido y sigue siendo el elemento esencial respecto del que depende la activación o no de las responsabilidades de la empresa principal, lo que unido a su falta de definición por la propia norma haya dado lugar a una constante litigiosidad y existencia de numerosos pronunciamientos judiciales en torno a él. Sin que podamos detenernos aquí sobre la elaboración jurisprudencial de este concepto, sí interesa reparar en la necesidad de identificar la actividad de la empresa principal y la de la empresa contratista o auxiliar para la constatación de si la obra o servicio contratado corresponde a la propia actividad de la empresa principal.

Sobre esta cuestión y con ocasión de una reclamación de deuda salarial del trabajador frente a su empleadora, empresa contratista, y frente a la empresa principal por responsabilidad solidaria, la **STS de 3 de julio de 2012, u.d., IL 1105**, analiza el concepto de propia actividad a través de la identificación de la actividad a la que se dedican ambas empresas, principal y contratista, con la dificultad añadida de que se discute la calificación de la empresa contratista como tal, toda vez que ejercía de empresa promotora de una obra obtenida a través de concesión pública de obra pública. Considera la Sala que en este caso no es extrapolable la doctrina contenida en sentencias anteriores del propio Tribunal Supremo acerca de que la actividad del promotor no es una actividad de construcción y que, por tanto, no procede la responsabilidad solidaria de los promotores con los contratistas constructores, y es en ese contexto en el que se menciona la diferencia entre actividades nucleares o no nucleares, en cambio en el asunto de autos es claro para el Tribunal que Indra no es ningún promotor inmobiliario y que, a lo sumo, y salvando todas las particularidades de un supuesto como éste en el que el origen de toda la cadena es una decisión administrativa de

realizar una construcción y de adjudicarla a una empresa para que la lleve a cabo, se podría considerar que el promotor es dicha Administración Pública, el Ministerio de Defensa, y que el contratista constructor es la empresa Indra, adjudicataria de dicha concesión que, a su vez, subcontrata con Begar la realización de la obra. El razonamiento que se sigue en la sentencia para constatar el efectivo papel que juega cada una de las empresas es constatar qué tipo de actividades figuran en el objeto social de la empresa principal, entre el que recoge el de «la construcción de toda clase de inmuebles», con independencia de que en la obra en cuestión dicha empresa se haya dedicado a realizar otras de sus actividades y no la de construcción, y de que esa sea o no su actividad principal, resultando en cualquier caso extraño que, si no lo fuera, resultara adjudicataria de un importante proyecto de obra. A mayor abundamiento, para la mencionada sentencia:

«Ello explicaría además —y éste sería el tercer dato de apoyo— las exorbitantes facultades que Indra se reserva para sí misma en el contrato de arrendamiento de servicios con Begar, al que se remite el hecho probado 4.º de la Sentencia de instancia, tales como la designación de un Ingeniero de Caminos como Director Técnico de la obra y la Dirección Facultativa a un estudio de Arquitectos, la designación de una empresa como coordinadora en materia de Seguridad y Salud, la facultad de ordenar la realización de obras complementarias no previstas en el contrato, entre otras. Todo lo cual nos inclina a considerar que concurre en el supuesto de hecho el requisito de «actividad propia» exigido por el artículo 42 del ET para imputar la responsabilidad solidaria a la empresa Indra, bien en su consideración de empresa principal, bien en la de empresa contratista que, a su vez, ha subcontratado la realización de la obra, salvo determinadas funciones que se reserva, a la empresa Begar».

B) Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad

Las prestaciones económicas por accidente de trabajo o enfermedad profesional derivados de incumplimiento empresarial de las normas de prevención de riesgos laborales, pueden ser incrementadas a través de la imposición recargo de prestaciones económicas previsto en el art. 123.1 LGSS. Este precepto hace recaer la responsabilidad del recargo en el «empresario infractor». Sin embargo, esta clara y precisa prescripción normativa presenta cierta dificultad interpretativa en orden a determinar el concreto sujeto responsable cuando se trata de trabajos prestados a través de contratistas y subcontratistas. Ello se debe a la concurrencia de una pluralidad de sujetos empresariales posibles responsables, a la variedad de normas que disciplinan la responsabilidad derivada de infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, y a la necesidad de relacionar esta normativa con la que regula las obligaciones y deberes de empresario principal y contratista en la materia, como son los artículos 42 ET, 24.3 LPRL y 42.3 LISOS.

La determinación del sujeto responsable del recargo de prestaciones económicas es el asunto de fondo que resuelve la **STSJ de Castilla y León de 31 de octubre de 2012, IL 1280**. En este caso de accidente de trabajo con resultado de muerte, la sentencia llega a la conclusión de que la responsabilidad en el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad es en este caso solidaria entre la empresa contratista y el promotor. El promotor considera que no debe ser responsable solidario ya que la obra se realizó de manera sucesiva por empresas independientes y no de forma simultánea, por lo que entiende que

no era necesaria la figura del coordinador al existir una sola empresa trabajando al mismo tiempo y, además, afirma que, dado que se desconocía la empresa que iba a trabajar posteriormente, nada se podía coordinar. Alega que, conforme al artículo 7.2 del Real Decreto 1627/1997, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, de no existir coordinador de seguridad, sus funciones serán asumidas por la dirección facultativa de la obra. Por contraste, el Tribunal considera que:

«El artículo 2.1 e), f) y g) del Real Decreto 1627/1997 define las figuras del Coordinador en materia de seguridad durante la elaboración de proyecto de obra y durante la ejecución de la obra así como de la Dirección facultativa. Todas estas figuras han de ser designadas por el promotor. El artículo 3 de dicha norma insiste en que la designación de los coordinadores en materia de seguridad y salud corresponde al Promotor y cuando se habla de que en la obra intervenga más de una empresa o una empresa y autónomos no se distingue si la actuación es simultánea o sucesiva. El artículo 9 del referido cuerpo legal establece que entre las funciones del Coordinador en materia de seguridad y salud se encuentra planificar los trabajos que se vayan a desarrollar en las diferentes fases ya sean estas simultáneas o sucesivas. Por tanto,

hemos de partir de que el promotor debió designar un Coordinador y la dirección facultativa. Del relato fáctico (hecho probado tercero y cuarto), se deduce que el demandante (promotor) no solo no designó coordinador de seguridad sino que no consta que existiera Dirección facultativa. Por tanto, aunque el recurrente no actuara como contratista principal, lo cierto es que como promotor ya incumplió las obligaciones de seguridad en el trabajo».

4. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata

En anteriores ocasiones ya hemos apuntado que la modificación operada en la regulación estatutaria en materia de prohibición de cesión de trabajadores (art. 43 ET) por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, pese de resolver puntuales supuestos conflictivos y dotar de mayor seguridad jurídica a la labor interpretativa, difícilmente serviría para disminuir la abundante litigiosidad existente en relación al deslinde entre los fenómenos ilegales del tráfico de mano de obra y los propios de las contratas y subcontratas. Ello obedece principalmente al hecho de que, más allá de la existencia de criterios teóricos precisos y unificados, incluso consagrados hoy normativamente, indicativos y determinantes de la presencia de la figura prohibida, la verdadera dificultad reside en su proyección al caso concreto.

Partiendo de que el art. 43 ET considera que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o cuando la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario, los problemas de delimitación más difíciles jurídicamente suelen surgir cuando la empresa contratista es una empresa real y cuenta con una organización e infraestructura propias. En tales casos, debe acudir con tal fin delimitador a determinar la concurrencia de otras notas.

Según doctrina reciente del Tribunal Supremo en relación con los supuestos de existencia de empresa real y no aparente, no se considera como elementos suficientes para desvirtuar la existencia de cesión ilegal el que la empresa contratista sea quien abone los salarios y quien controle la asistencia al trabajo de los actores, y sus permisos, licencias y vacaciones, éstas son las típicas funciones que lleva a cabo obligatoria y tradicionalmente el prestamista de mano de obra; ni tampoco otros poco significativos, como que le proporcione el vestuario, lo cual no es, en definitiva, sino una parte de salario en especie, ni tampoco el que dicha contratista cuente con mandos intermedios propios. Es lo que mantiene la **STS de 5 de noviembre de 2012, u.d., IL 1248**, con base en las precedentes SSTs de 27 de enero de 2011 y de 4 de julio de 2012 (u.d.). Así, destaca la sentencia que:

«Existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo una empresa real y no aparente (pues si fuera aparente estaríamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario por aplicación del artículo 1 del ET y no en el ámbito de la cesión de trabajadores de una empresa a otra), no pone realmente en juego su organización, entendiendo por tal sus medios materiales y organizativos propios —que es lo que justifica que estemos en el campo de las contrataciones lícitas del artículo 42 del ET y no en el de la cesión ilícita del artículo 43 del ET— y, consiguientemente, ejerce respecto al trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario, de una manera real y efectiva. Y es bien sabido también que el hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien le pague los salarios y quien le dé de alta en Seguridad Social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista, pues si tal no ocurriera, simplemente el tema ni siquiera podría plantearse. Y, finalmente, tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben la órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, es decir, que ellos mismo —esos mandos intermedios— pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente».

Otros casos que analizan la concurrencia de notas para determinar la existencia de cesión ilegal son los resueltos por la **STSJ de Madrid de 23 de julio de 2012, IL 1164**, y la **STSJ de Madrid de 5 de septiembre de 2012, IL 1294**. En ambos casos se constata que la empresa contratista es una empresa real, que cuenta con una organización e infraestructura propia, pero también en estos casos se puede producir cesión ilegal cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para la otra, pues la cesión ilegal también se produce cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante (Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 19 de enero de 1994 y 12 de diciembre de 1997).

Por ello, las sentencias objeto de esta crónica acuden al análisis de cuál de las dos empresas asume las facultades propias como empleadora respecto de los trabajadores en cuestión, y si la empresa contratista ejerce las funciones inherentes a su condición de empresario, entendiéndose que para poder declararla como «contratista real» a la misma le debe corresponder la organización, el control y la dirección de la actividad. Para la primera sentencia citada, en el caso de autos, «la contratista no se ha limitado en la práctica a ceder o suministrar la mano de obra necesaria para su realización sin control alguno de

sus trabajadores, ni ejercicio de las facultades que siempre e indefectiblemente son consustanciales al empleador, como son, al menos, las de dirección, orientación, organización (aunque lo haga dentro de las pautas lógicas que al efecto le marque la Administración en la realización del servicio contratado) y competencia en el régimen de licencias, vacaciones, descansos y permisos. Los hechos probados de la sentencia de instancia dan cuenta de que es la propia empresa quien asume dichas facultades, por lo que debe concluirse que no ha existido la cesión ilegal denunciada, lo que conduce a la desestimación del recurso interpuesto por el actor y la confirmación de la sentencia de instancia».

En similar sentido, la segunda sentencia citada considera que la contratista ejerce las funciones propias de empresario, ya que organizaba el trabajo de su plantilla; fijaba y controlaba los turnos, rotaciones y vacaciones; controlaba la asistencia del personal a su cargo, tenía y ejercía el poder disciplinario y abonaba el salario a sus trabajadores, además en el almacén había dos encargados y un encargado general que controlaban y organizaban el trabajo en el mismo. Y no se desvirtúa la anterior conclusión, según la sentencia, porque los servicios de logística y gestión de materiales de almacén externalizados por empresa principal se prestaran en el almacén de ésta mediante la cesión de la maquinaria específica que se ubicaba en el citado almacén a la empresa con la que en cada momento tenía contratado el citado servicio de logística y gestión de materiales de almacén, pues no cabe duda alguna que la contratista actúa como un verdadero empresario en la prestación del servicio de logística y gestión de materiales de almacén concertado con la empresa principal.

B) La cesión ilegal como cuestión previa en el proceso de despido

Es algo admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en determinados supuestos en el seno de un proceso de despido hayan de examinarse y resolverse otras cuestiones, con el carácter de cuestión previa o cuestión prejudicial interna, necesarias para establecer las consecuencias del despido. Lo que determina que es perfectamente posible y lícito desde el punto de vista procesal alegar en una demanda por despido todas las particularidades que afecten a la relación de trabajo y que hayan de incidir en la respuesta judicial que ante una eventual condena por nulidad o improcedencia de la medida extintiva hayan de producirse. Es uno de los aspectos sobre los que se pronuncia la **STS de 19 de octubre de 2012, u.d., IL 1261**, confirmando que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido. Ahora bien, en el caso de autos el Tribunal Supremo confirma la inexistencia de despido, anteriormente declarada por la sentencia recurrida, por lo que no cabe en modo alguno ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, pero la existencia declarada de ésta última sólo adquiere relevancia en el supuesto de que se declare la existencia del despido, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente, por lo que:

«Si no se declara la existencia del despido —como aquí acontece— no puede efectuarse un pronunciamiento sobre la cesión ilegal, porque esta acción no se ha ejercitado acumulada a la del despido —está legalmente excluida esta acumulación— sino a modo de cuestión previa o prejudicial interna, que —se insiste— sólo adquiere relevancia para el contenido

del pronunciamiento condenatorio inherente a la declaración de la improcedencia o nulidad del despido. Ello no implica, que habiéndose declarado la existencia cesión ilegal en la instancia, no impugnada esta declaración en suplicación, la demandante no pueda ejercer las acciones que estime pertinentes derivadas de dicha declaración».

5. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión. Adquisición de inmueble en subasta judicial

Según la regulación vigente, «el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior...» (art. 44.1 ET). La finalidad de esta regla es garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por un cambio de titularidad en la actividad productiva. Para que esta garantía despliegue sus efectos, el precepto citado establece la delimitación del supuesto que considera como sucesión de empresa. Según el mismo, «a los efectos de lo previsto en el presente artículo se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio» (art. 44.2 ET). La interpretación de este concepto de transmisión de empresa sigue dando lugar a litigiosidad en cuanto a si concurre o no el supuesto de hecho para aplicar la garantía de mantenimiento de los contratos de trabajo.

Sobre esta cuestión, en relación con lo dispuesto en materia de sucesión de empresa con ocasión de venta judicial de la misma, el art. 51.11 ET, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 3/2012, existen en el periodo examinado cuatro sentencias del Tribunal Supremo, todas en unificación de doctrina, siendo en todas ellas las mismas empresas demandadas y codemandadas, en juicio sobre extinción de contratos y despido. Se trata de la **STS de 24 de septiembre de 2012, u.d., IL 1125; STS de 26 de septiembre de 2012, u.d., IL 1270; STS de 7 de noviembre de 2012, u.d., IL 1244, y STS de 14 de noviembre de 2012, u.d., IL 1242**. El problema que se plantea en las citadas sentencias consiste en determinar la existencia, o no, de subrogación empresarial en un supuesto derivado de la adjudicación en procedimiento hipotecario a la pertinente entidad prestamista (el Banco Pastor en el caso) del inmueble ocupado por el establecimiento hotelero en el que los trabajadores demandantes habían venido desempeñando su actividad laboral. La cuestión, pues, se centra en decidir una vez más si nos encontramos, o no, en el supuesto de sucesión empresarial previsto en el art. 44 ET, en la redacción dada por la Ley 12/2001, de 9 de julio.

Las sentencias de suplicación consideran que el objeto de la venta judicial fue una «*explotación hotelera*»; que el inmueble adjudicado en la ejecución hipotecaria era susceptible de ser explotado de manera inmediata al contar con la infraestructura necesaria para ello; que algunas de las causas o manifestaciones de la interrupción de la actividad hotelera (por ejemplo, corte del fluido eléctrico) carecían de entidad suficiente para impedir la reanudación de la actividad; y que los elementos personales de la empresa, es decir sus

empleados, estaban también a disposición de esta una vez concluido el período autorizado de suspensión de los contratos de trabajo. No desconocen las sentencias de suplicación la doctrina unificada en materia de sucesión de empresa en supuestos de venta judicial; pero, tras citarla y describirla brevemente, llegan a la conclusión de que no es de aplicación al caso enjuiciado. En los cuatro recursos de casación para unificación de doctrina se alega como sentencia de contraste la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2004, Sala Cuarta, u.d., 6432/2003, cuya doctrina es la considerada como correcta por las sentencias que se comentan, en base a que:

«1) de acuerdo con la legislación comunitaria, seguida por la actual redacción del art. 44 ET (Ley 12/2001), el elemento característico de la sucesión de empresa es la transmisión “de una persona a otra” de “la titularidad de una empresa o centro de trabajo”, entendiéndose por tal “una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente” (STS/IV 23-noviembre-2004, citada); 2) en el supuesto particular de la venta judicial, el art. 55.11 ET (redacción anterior a la Ley 3/2012) precisa que la venta judicial de bienes productivos exige, para ser considerada sucesión de empresa a efectos jurídico-laborales, la transmisión de un conjunto organizado de elementos materiales que sean suficientes “por sí mismos” para “seguir” con la “explotación empresarial” (STS/IV 23-noviembre-2004, citada); y 3) en el caso enjuiciado no cabe hablar en rigor de “continuidad” y de disponibilidad de la explotación empresarial puesto que, de un lado dicha explotación estaba interrumpida en el momento de la toma de posesión por parte del Banco Pastor del inmueble adquirido, y de otro lado los elementos materiales vendidos no bastaban por sí solos para la actividad empresarial de hostelería al no disponerse de los enseres atribuidos a la Corporación Financiera Iberoamericana mencionados en los antecedentes de hecho (...)

Así las cosas, no parece factible una interpretación laxa de los requisitos legales establecidos en el art. 51.11 ET, cuyo fundamento último es el principio de libertad de empresa reconocido en el art. 38 de la Constitución. La referencia a “la totalidad de la empresa o parte de la misma” como objeto de la adjudicación, así como los requisitos de “suficiencia” de los elementos transmitidos y de continuidad o tracto inmediato, sin interrupciones significativas, entre la actividad del empresario anterior y del nuevo responden a esta lógica de libre iniciativa empresarial, según la cual solo se puede obligar a una entidad adquirente de bienes en venta forzosa a dedicar los bienes adquiridos a la misma actividad productiva anterior cuando se trata de una empresa en funcionamiento cuya continuación no encuentra obstáculo alguno; inexistencia de continuación de actividad productiva que corresponde apreciar sobre todo cuando, como sucede en el presente caso, el objeto social de la empresa adquirente (finanzas) no es el mismo que el de la empresa anterior (hostelería)».

La reforma del Estatuto de los Trabajadores llevada a cabo por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha suprimido el contenido del anterior apartado 11 del art. 55 ET. Dicho apartado establecía que «En el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma únicamente será aplicable lo dispuesto en el artículo 44 de esta ley cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial»; se añadía un segundo párrafo que exigía seguir expediente de regulación de empleo en el caso de que pese a estar en el supuesto anterior de transmisión el nuevo empresario decidiera no continuar con la actividad. Entendemos que la actual omisión normativa del supuesto de venta

judicial de la totalidad o parte de una empresa en nada cambia la aplicación del art. 44 ET a estos supuestos, ya que el art. 55.11 ET anterior a la reforma citada no era sino reiteración del concepto de transmisión que se contiene en el apartado dos del citado art. 44 ET, interpretado conforme a la reiterada doctrina comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De manera que la doctrina recogida en las sentencias objeto de crónica sigue siendo de plena aplicación.

B) Sucesión de contratadas

Sobre de sucesión de contratada de limpieza en el que la empresa entrante no subroga al trabajador adscrito al servicio asumido por encontrarse ya trabajando para ésta en otro centro de trabajo al amparo de otra contratada, y el cómputo de la jornada de trabajo supera la máxima legal, resuelve en esta ocasión la **STSJ Madrid de 5 de septiembre de 2012, IL 1274**. La sentencia considera que se trata de un despido improcedente, basándose en la doctrina unificadora fijada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de junio de 2012, según la cual ante todo debe estarse a la finalidad perseguida por la subrogación, tanto si se está a la prevista en el artículo 44 ET como a la que se establece en el Convenio de particular aplicación, que es la estabilidad en el empleo, amenazada por el singular sector de empresas de servicios en las que con o sin transmisión de elementos patrimoniales, el contenido de su negocio depende de las adjudicaciones. En el caso de autos, la empresa entrante mantiene el contrato del trabajador respecto del puesto de trabajo que ya venía desempeñando en otro centro de trabajo, pero extingue el que le vinculaba al centro de trabajo que ahora es asumido por la misma empresa, por superar la jornada máxima legal. Entiende la sentencia objeto de crónica que es aplicable al presente caso la jurisprudencia del Tribunal Supremo y debiéndose haber producido la subrogación del trabajador por imperativo de la norma convencional, el no efectuarlo constituye un despido improcedente con los efectos inherentes a tal declaración. Según la citada jurisprudencia:

«No cabe reputar ilícito el desempeño de las dos jornadas, que hasta la subrogación no lo era. Las consecuencias de la subrogación deberán medirse del lado del trabajador de forma que lo que ha resultado lícito hasta la fecha no deje de serlo al operar un mecanismo con el que se le pretende beneficiar, y sin que el obviar la subrogación le beneficie porque había supuesto la expulsión de su plantilla por la empresa saliente. Su incorporación a la empresa entrante es el resultado de unas previsiones jurídicas específicas del sector, su puesto de trabajo es distinto en cada una de las contratadas y en el futuro podría operarse otro cambio en las adjudicaciones y disgregarse nuevamente en dos la figura de la empleadora. Por esta razón solo se consigue la finalidad protectora de las normas dejando que opere la subrogación de la empresa entrante, al no estar en discusión que se cumplen los requisitos necesarios, y que la incorporación de la trabajadora se mantenga en dos jornadas separadas a todos los efectos en las mismas condiciones en las que operaría su relación de pertenecer a una sola empresa con varias contratadas y sin que sea óbice la limitación de jornada ya que en una categoría, la de gerocultora y en un centro de trabajo, el Pabellón sur, desempeña una jornada y en otra categoría, la de auxiliar de clínica y otro centro, el Pabellón Norte desempeña otra, por lo que se mantienen idénticas las condiciones de ahí que si bien se acepta la tesis de la sentencia recurrida en cuanto a imponer la subrogación a la nueva adjudicataria, sin embargo, no cabe contemplar, por el solo hecho de la misma, una modificación de sus condiciones».

Otro caso de sucesión de contrata de servicios sin subrogación de la trabajadora por la empresa entrante es analizado por la **STSJ Madrid de 18 de julio de 2012, IL 1183**. El supuesto presenta notables diferencias con los anteriores, pues aquí hay una extinción de la relación durante el periodo de prueba que el Tribunal considera ajustado a derecho. La trabajadora prestó servicios laborales en virtud de contrato temporal para obra o servicio determinado por cuenta y órdenes de la empleadora desde el 21 de octubre de 2010 con la categoría de tele-operadora en el servicio que esta empresa tenía adjudicado por el Banco cliente, consistente en comercialización de seguros del grupo bancario. La relación laboral finalizó el 28 de febrero de 2011 como consecuencia de la comunicación de extinción del contrato por finalización de la contrata que servía de soporte a aquel. Con fecha 7 de marzo de 2011 la actora suscribió contrato de trabajo temporal para obra o servicio con la nueva empresa adjudicataria de la contrata mercantil para la prestación del servicio tele-venta de seguros del banco cliente, servicio idéntico al que la actora desempeñó con anterioridad, llevado a cabo en las mismas condiciones con categoría de tele-operadora. En el contrato de trabajo se pactó un periodo de prueba de 30 días. El 15 de marzo de 2011 la trabajadora causa baja médica por enfermedad común y al día siguiente recibe carta de su empleadora rescindiendo el contrato en fase de periodo de prueba. La trabajadora considera que dicha rescisión es un despido improcedente toda vez que por aplicación del art. 44 ET, la nueva contrata se ha debido subrogar en la relación de servicios que con anterioridad tenía la trabajadora con la empresa saliente y que, por tanto, dicho periodo de prueba no es válido.

Para resolver la cuestión, la sentencia expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a los requisitos exigibles para que proceda el mecanismo subrogatorio, en consonancia con la Directiva 77/1987/CEE, según la cual la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior dando a ese conjunto el carácter de «entidad económica que mantenga su identidad», recogiendo lo indicado en sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 10 de diciembre de 1998, casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal, que otorgan una especial consideración a los supuestos que afectan a sectores en los que los elementos patrimoniales se reducen a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra porque en esos supuestos se entiende que un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica a efectos de transmisión cuando no existan otros factores de producción, y que si el nuevo concesionario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia del personal que su antecesor destinaba a dicha tarea puede entenderse que dicho empresario adquiere el conjunto organizado de elementos que le permite continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable. Y es que el artículo 1.1 de la Directiva Europea 2001/23 /CEE, que derogó la Directiva Europea 77/1987/CEE, modificada por la Directiva 1998/50 /CE, y que fue transpuesta a nuestro ordenamiento, ha recogido estos criterios, a los que ha de estarse necesariamente.

Aplicando dicha doctrina al presente caso, entiende la sentencia que:

«Sin embargo, en el presente caso, pese a lo alegado por la recurrente, es lo cierto que, debiendo partirse necesariamente del inatacado relato fáctico de la sentencia, lo que conlleva ignorar las alegaciones de hechos no recogidos en el mismo, se observa que aunque

la actora había suscrito con anterioridad un contrato de trabajo con la empresa y continuó prestando los mismos servicios tras extinguirse dicho contrato al ser contratada unos días después por la empresa demandada, no aparece que, conforme a la doctrina de referencia, se hayan cumplido los requisitos legalmente exigidos para la sucesión de empresas con arreglo al artículo 44 E.T., lo que impide considerar que el pacto de prueba careciera de justificación, siendo por el contrario perfectamente válido, como veremos, dado que se trataría aquí de dos empresas distintas, con lo que el supuesto quedaría fuera del contemplado en el artículo 20 del Convenio Colectivo y en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, y en consecuencia habría de desestimarse el motivo Segundo del recurso, que parte de una premisa inexistente cual es la pretendida sucesión de empresas. Con lo que era perfectamente ajustado a derecho establecer un período de prueba, sin que sean de recibo las alegaciones de la recurrente, en absoluto justificadas, por las razones expuestas».

C) Sucesión de contratats prevista en convenio colectivo

Como poníamos de manifiesto en crónicas anteriores (véase por ejemplo la n.º 49), en nuestro ordenamiento la inicial inaplicación de los efectos subrogatorios a los supuestos de transmisiones de actividad que no iban acompañadas de la cesión de una infraestructura patrimonial determinada, había dado lugar a que la negociación colectiva complementara las garantías legales en aquellos sectores de actividad en los que, al descansar fundamentalmente en la mano de obra, la transmisión no se enmarcaba en el ámbito de aplicación de la legislación estatal (art. 44 ET). Ley y convenio representaban dos fórmulas diversas complementarias y de aplicación a supuestos de hechos diferentes, a través de las cuales el fenómeno subrogatorio podía producirse; eso sí, cada uno con el alcance y los efectos que sus respectivas fuentes de creación fijaban. Actualmente, el Tribunal Supremo y la mayor parte de la doctrina social de los TTSSJ han acogido la interpretación que viene haciendo el TJUE en el sentido de que en aquellos sectores en los que la actividad transmitida descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto organizado de trabajadores puede constituir una entidad económica que mantiene su identidad a los efectos subrogatorios. No obstante, en numerosos casos de sucesión de contratats, la asunción de la plantilla por parte del nuevo contratista se hace por exigencia del convenio colectivo aplicable, de manera que las previsiones convencionales que imponen la subrogación en casos antes no cubiertos por la norma legal, terminan por proyectar sus efectos más allá del marco comercial propio del convenio colectivo de aplicación.

La existencia de convenios colectivos que contemplan la obligación de subrogación del personal adscrito a un determinado servicio cuando se produce una sucesión de contratats, suelen exigir el cumplimiento de determinados requisitos para que opere dicha subrogación. Es precisamente el cumplimiento o no de dichos requisitos en cada caso concreto, el objeto de numerosos litigios cuyo denominador común suele ser el despido del trabajador con el argumento de que no se cumple alguno de los requisitos exigidos para que se produzca la subrogación y la negativa de la empresa saliente a continuar con la relación laboral del trabajador o trabajadora en cuestión por entender que se debe subrogar por la empresa entrante.

Sistematizando las sentencias que en el periodo analizado versan sobre esta materia, podemos hacer la siguiente diferenciación de supuestos:

Requisito de que la empresa saliente de suministre determinada documentación a la empresa entrante, exigido por el convenio colectivo aplicable, y sus efectos sobre la subrogación del personal en caso de incumplimiento.

Sobre el incumplimiento de la obligación convencional de la empresa saliente de entregar la documentación fijada en el convenio colectivo aplicable a la empresa entrante, hay en el periodo examinado tres sentencias del Tribunal Supremo en el mismo sentido, dándose la circunstancia de que en las tres la empresa saliente es la misma y el servicio objeto de sucesión de contrata es una concesión administrativa de una corporación local sobre servicios públicos de recogida de residuos, en un caso, y de tratamiento integral de aguas, en los demás. Se trata de la **STS de 17 de septiembre de 2012, u.d., IL 1114**; **STS de 18 de septiembre de 2012, u.d., IL 1121**; **STS de 19 de septiembre de 2012, u.d., IL 1039**. El fundamento de las citadas sentencias, con apoyo en doctrina precedente del mismo Tribunal, se basa en que:

«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 de diciembre de 93 —rcud 702/93—; 29 de diciembre de 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 contrataciones 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 de diciembre de 1997 —rec. 164/97—; 29 de enero de 2002 —rec. 4749/00—; 15 de marzo de 2005 —rec. 6/04—; y 23 de mayo de 2005 —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—)».

En base a la anterior argumentación, el Tribunal Supremo entiende 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.

En los tres casos examinados, el Tribunal llega a la conclusión de que la empresa saliente no ha cumplido con la obligación convencional de entregar la documentación requerida a la empresa entrante dado que:

«a) el simple comunicado al Ayuntamiento de que se “pone a su disposición” la documental que requiere la norma sectorial, en manera alguna supone cumplir la inequívoca revisión — ya referida— que se contiene en el art. 53 del Convenio Colectivo y relativa a que “[I]a empresa saliente deberá facilitar a la entrante los siguientes documentos [...] Estos documentos deberán estar en poder de la nueva adjudicataria en la fecha de inicio del servicio de la nueva titular”, puesto el destinatario de la documental obligada es la empresa entrante y no el titular del servicio público; b) el precepto claramente impone la entrega documental, como demuestran las imperativas expresiones “deberá facilitar a la entrante” y “deberán estar en poder de la nueva adjudicataria”, sin que al efecto baste la indicación —dirigida a un tercero, además— de que los documentos están a su disposición; y c) aunque en la fecha de la comunicación al Ayuntamiento [15/12/09] se desconociese —como es lógico— el nombre de la nueva adjudicataria, ello no era obstáculo para que se cumpliese la obligación impuesta por el Convenio en la fecha en que aquella fue designada [28/12/09], anterior al cese del trabajador [01/01/10] y cuyo conocimiento sería obtenido por una mínima diligencia, exigible por elemental buena fe» (STS de 17 de septiembre de 2012, IL 1114).

O, en parecidos términos, porque:

«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”; argumentación, que en aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta nos llevan a estimar el recurso interpuesto por la empresa entrante» (STS de 18 de septiembre de 2012, u.d., IL 1121; STS de 19 de septiembre de 2012, u.d., IL 1039).

Requisito de antigüedad mínima de los trabajadores en la adscripción al servicio que es objeto de transmisión por cambio de contrata, exigido por el convenio colectivo aplicable, y sus efectos sobre la subrogación de los trabajadores.

Sobre el cumplimiento del requisito convencional de antigüedad mínima del trabajador en el servicio transmitido por sucesión de contratas de vigilancia y seguridad se pronuncian cuatro sentencias del Tribunal Supremo en el periodo examinado, todas ellas en unificación de doctrina y sobre la delimitación del «servicio objeto de subrogación» a los efectos de constatación de la antigüedad mínima del trabajador en el servicio objeto de sucesión de contratas, exigida por el convenio colectivo aplicable. Se trata de la STS de 2 de julio de 2012, u.d., IL 1065; STS de 18 de septiembre de 2012, u.d., IL 1037; STS de 20 de sep-

tiembre de 2012, u.d., IL 1123, y STS de 24 de septiembre de 2012, u.d., IL 1043. La cuestión que se plantea consiste, en interpretación del art. 14 del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad 2009-2012 y tratándose de servicios de «protección personal», en determinar lo que debe entenderse por «servicio objeto de subrogación» y cómo se determina la adscripción del concreto trabajador al mismo a efectos del presupuesto de antigüedad en el servicio, dadas las especiales particularidades que concurren en tal actuación y la falta de una norma expresa en el pacto colectivo.

Los supuestos analizados, en síntesis, presentan como presupuestos comunes los siguientes: la existencia de una contrata adjudicataria de servicios de protección personal o escolta por el Gobierno Vasco; durante la vigencia de la contrata los trabajadores son asignados por su empleadora a la protección de personas diferentes, incluidas en el objeto de la contrata; la nueva contrata adjudicataria del servicio considera que no procede la subrogación porque el trabajador no cumple el requisito de antigüedad mínima de siete meses en el servicio subrogable, tal como establece el art. 14 del convenio colectivo aplicable. En las citadas sentencias, además, es la empresa entrante la recurrente en casación que alega la existencia de doctrina contradictoria recogida en las STSJ de País Vasco de 4 de noviembre de 2003 y de 30 de mayo de 2006, en las que se rechaza la subrogación al no cumplir el trabajador siete meses de antigüedad en la última persona escoltada dentro del servicio de protección personal.

Para resolver el problema interpretativo en torno a qué deba entenderse por servicio objeto de subrogación, el Tribunal Supremo, basándose en su doctrina sobre el art. 14 del convenio colectivo estatal de empresas de seguridad (SSTS/IV de 10 de mayo de 2012, 5 de junio de 2012, 12 de junio de 2012, 26 de junio de 2012, entre otras) y sobre la subrogación en el servicio de escoltas en particular (24 de abril de 2012; 17 de mayo de 2012, y 13 de junio de 2012, en las que se daba respuesta a casos idénticos, considera que sí procede la subrogación:

«Siendo el tiempo mínimo de siete meses el elemento de controversia se hace necesario determinar qué ha de entenderse por “servicio objeto de subrogación” cuando, como en estos casos, se trata de servicios de protección personal, pues nos hallamos ante la singular situación provocada por la forma en que el Gobierno Vasco ha venido adjudicando los distintos servicios de escolta a distintas empresas, según lotes distintos por territorios y tipo de personas objeto de protección y con subgrupos definidos por las personas concretas a proteger.

Al respecto hemos sostenido que el requisito de permanencia temporal que la citada norma vincula al “servicio objeto de subrogación” ha de entenderse referido a la concreta contrata objeto de adjudicación por el Gobierno Vasco, con independencia de la singulares personas escoltadas, es decir, hay que partir desde la globalidad del servicio objeto de subrogación y no desde la singular parcela adjudicada a cada nuevo contratista”. De ahí que resulta correcta la conclusión de la sentencia recurrida consistente en que “la subrogación procederá siempre que el trabajador haya prestado sus servicios (en los términos en éstos se entienden realizados en el art. 14) durante los siete meses inmediatos anteriores en el servicio objeto de contratación, cualquiera que sea la persona protegida y el lote al que se adscriba, pero únicamente afectará a las adjudicatarias del nuevo concurso en relación a aquellos escoltas que tuvieran asignado, justo antes del cambio, la cobertura del servicio a una de las personas cuya protección le ha haya sido adjudicada, incluido el caso de quienes lo atienden

en ese momento en razón a que fueron contratados expresamente para sustituir a quien normalmente lo hace.

El caso de escolta de personalidades se caracteriza por la movilidad, lo que obliga a entender que el único criterio racional para la concreción del servicio a subrogar es el que atiende a la persona escoltada al tiempo del cambio de contratista».

Requisitos convencionales desencadenantes de la subrogación.

Se incluyen bajo este epígrafe varias sentencias que resuelven supuestos de contrata de servicios que no se subrogan en el contrato con ocasión de la sucesión de la contrata, por encontrarse el trabajador o su prestación de servicios en alguna situación particular que lleva a la nueva contrata entrante a entender que está excluido de la subrogación convencional; por ejemplo, por no estar el trabajador asignado al servicio subrogado; por tratarse de un trabajador de cooperativa de trabajo asociado; o por no ser el trabajador persona con discapacidad en una sucesión de contrata en un centro especial de empleo.

El primer caso es el resuelto por la **STSJ Madrid de 23 de julio de 2012, IL 1162**, en el que se mantiene por la empresa entrante que el servicio de lavandería y mantenimiento que venía realizando el trabajador para la empresa saliente no ha sido objeto de la contrata de limpieza, ya que en ésta se ha hecho constar expresamente que «quedan excluidos los servicios de jardinería, lavandería y retirada de residuos», y dado que, según la empresa entrante, la actividad a la que se encontraba adscrito el actor en la anterior contrata era exclusivamente de lavandería y mantenimiento que son actividades no comprendidas en la actual contrata, por lo que a su juicio no cabe imponer a la nueva contratista que se subroga en la relación laboral del demandante en aplicación de un convenio colectivo, el de limpieza, que entiende no le es de aplicación.

Sin embargo para el Tribunal lo determinante en este caso no es tanto delimitar el convenio colectivo aplicable, sino establecer si el servicio de lavandería está o no incluido en la actual contrata, ya que pese a que la recurrente argumenta que se aplica otro convenio colectivo, sin embargo siendo la actividad principal de la nueva contratista —así como la de la contrata—, la limpieza de edificios y locales, le es de aplicación el convenio colectivo de limpieza, en virtud de lo dispuesto en su art. 4.º, atinente a su ámbito funcional, sin perjuicio de que la empresa contratista pueda asimismo acometer otras actividades, accesorias o complementarias de las anteriores. De ahí que también le sea de aplicación el art. 24, relativo a la obligada subrogación por parte de la nueva titular en los supuestos de sucesión de contrata, y sobre cuyos demás requisitos no ha existido controversia alguna entre las codemandadas. De otro lado, y según hechos probados y a la vista del anexo V de las prescripciones técnicas de la contrata, entre las actividades contratadas, tanto en la antigua como en la nueva contrata, figuran las propias de dos «lavaderos» a las que se dedicaban al menos dos de los trabajadores incluidos en la relación de subrogados:

«De ahí que no resulte desproporcionado, o no razonable, entender también comprendidos en la nueva contrata los servicios prestados por el actor para la anterior contratista, habida cuenta, además, de que dichos servicios se han venido prestando, desde tiempo atrás, en virtud de sucesivas y distintas contrata suscritas con similar objeto, y de que no consta, por no probado, que deba ser otra la empresa o entidad que deba afrontar tales servicios, con independencia de la categoría formalmente asignada a los trabajadores destinados a los

mismos. Por ello, y tratándose de trabajadores respecto de los que debe operar la subrogación, el motivo y el recurso deben ser desestimados».

Otro supuesto de sucesión de contrata de servicios en que la empresa entrante no asume a uno de los trabajadores es el resuelto por la **STSJ Castilla y León de 18 de julio de 2012, IL 1185**. En esta ocasión, la nueva adjudicataria del servicio subroga a todos los trabajadores de otra de las contrata que prestaban el servicio, excepto al actor dado que se trata de un socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado, respecto del que considera que no se le aplica el convenio colectivo que contempla la subrogación. La sentencia estima el recurso del actor ya que la Ley 4/2002, de 11 de abril de Cooperativas de Castilla y León sí contempla este derecho, lo que hace innecesario decidir cuál es el convenio aplicable:

«La subrogación de dicha empresa en el contrato del actor deriva del artículo 106.2 de la Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de Castilla y León, en el que se dice que “*cuan-do una cooperativa de trabajo cese, por causas que no le sean imputables, en una contrata de servicios, concesión administrativa o situaciones contractuales análogas y un nuevo empresario se hiciera cargo de las mismas, los socios trabajadores que vinieran desarrollando su actividad en las mismas tendrán idénticos derechos y deberes que les hubiera correspondido de acuerdo con la normativa laboral vigente, como si hubiesen prestado su trabajo en la cooperativa en la condición de trabajadores por cuenta ajena*”. En el mismo sentido, se expresa la Ley 27/1999, de Cooperativas, en su artículo 86.2. Por tanto, una vez que en dicha norma se equipara a los socios trabajadores a los trabajadores por cuenta ajena, el derecho a la subrogación nace igualmente sin que un convenio colectivo pueda dejar sin efecto lo que la Ley reconoce».

También sobre sucesión de contrata de servicio, en este caso de limpieza de edificios y locales, en la que la trabajadora no es subrogada por la empresa entrante, resuelve la **STS de 4 de octubre de 2012, u.d., IL 1266**. La cuestión que se plantea consiste en determinar si la cláusula de subrogación por sucesión de contrata de limpieza prevista en el correspondiente convenio colectivo de esta actividad se debe aplicar a la nueva empresa adjudicataria de una contrata de limpieza, catalogada e inscrita como centro especial de empleo, en la que se aplica otro convenio sectorial distinto. En instancia y suplicación resulta condenada la empresa saliente, ahora recurrente en casación para unificación de doctrina que invoca como sentencia de contraste la STS de 21 de octubre de 2012, que resolvió una cuestión idéntica planteada en Cataluña, donde el Convenio Colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales establece la misma cláusula de subrogación obligatoria que el de la Comunidad de Madrid. Aunque en el asunto resuelto en la sentencia de contraste se trataba de un convenio colectivo de limpieza de otra Comunidad Autónoma, para el Tribunal Supremo lo esencial, a efectos de la exigida contradicción, es que en los convenios colectivos de limpieza figura en todos ellos la cláusula de subrogación habitual en la negociación colectiva en dicho sector y, en cambio, en los convenios de las empresas entrantes, no dedicadas específicamente a la limpieza, no figura dicha cláusula de subrogación cuando la sucesión se produce entre empresas del concreto sector, por lo que se produce la identidad necesaria.

Reconocida la contradicción de doctrina, considera el Tribunal Supremo que la solución correcta es la contenida en la sentencia de contraste, en que la que se entiende apli-

cable el convenio colectivo de limpieza en base a su ámbito funcional, del que no puede desvincularse la empresa entrante porque ha asumido una actividad de limpieza, aunque dicha empresa tenga la condición de centro especial de empleo. Tampoco es óbice para la subrogación de los trabajadores, según la sentencia comentada, el hecho de que éstos no sean personas con discapacidad, ni ello supone una discriminación indirecta para el centro especial de empleo, ya que en modo alguno los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 65 del citado Convenio Colectivo tienen un impacto adverso porque ningún trabajador de la empresa entrante es objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable. La empresa concurre a una adjudicación a sabiendas de que existen personas adscritas al servicio y ningún trabajador de la dicha empresa entrante cuenta con un derecho previo, ni cabe negar a los reiterados preceptos una exigencia objetiva e indispensable ni la legitimidad de su objetivo, estabilidad en el empleo de los trabajadores en contrata y adjudicaciones, ni falta de idoneidad al instrumento empleado, el de la subrogación.

En definitiva y asumiendo esta doctrina, se considera que la trabajadora debe ser subrogada por la empresa entrante, porque:

«... se trata de hacer prevalecer, precisamente por razones de índole funcional, el convenio de la actividad —la de limpieza— que realizan los trabajadores en cuyos contratos ha de subrogarse cualquier empresa que aspire a obtener la contrata en cuestión, incluso si dicha empresa es un centro especial de empleo, puesto que nada impide a este tipo de empresas —aunque su fin primordial sea otro: favorecer la integración de las personas con discapacidad— subrogarse en los contratos de otros trabajadores, sean estos o no lo sean —que en el caso no lo son— personas con discapacidad».

D) Efectos jurídicos de la subrogación. Plus salarial

Por último, la **Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de septiembre de 2012, IL 1295**, resuelve sobre el mantenimiento o no de un plus de nocturnidad del trabajador que la nueva contrata adjudicataria del servicio no le abona por considerar que no le corresponde al realizar el trabajador su trabajo en turno de día, aunque la empresa saliente se lo abonase sin estar ya en trabajo nocturno. El actor reclama la cantidad en relación al cese de pago por la demandada de plus de nocturnidad que le venía siendo abonado por pacto de conservación del mismo con la anterior empresa adjudicataria, al haber pasado de prestar servicios en turno de noche al turno de mañana. Por acuerdo de 7 de junio de 2004, entre la entonces empresa concesionaria del servicio y representantes sindicales, ante el Instituto Laboral de Madrid, se estableció el denominado «Plus de Compensación» a abonar a los trabajadores de los turnos de mañana, tarde y ESE, por un importe de 12,5% del salario base mensual, y que no podía ser absorbido ni compensado por ningún concepto, y se abonaría por los 455 días. Al incorporar la demandada al recurrente a su plantilla, decide unilateralmente suprimir el abono del plus de nocturnidad porque lo considera incompatible con el plus de compensación y que al venir percibiendo los dos complementos, la nueva adjudicataria debió respetar el derecho que tenía reconocido al momento de la subrogación por imperativo convencional.

Con base en sentencias anteriores del mismo Tribunal, la sentencia considera que el complemento de nocturnidad y el plus de compensación tienen una finalidad y ámbito

personal distinto. Éste se aplica a todos los trabajadores de turno distinto al de noche, con independencia que antes hubieran prestado servicios en turno de noche y con el mismo se pretende aproximar las retribuciones de los trabajadores al considerarse excesiva la que genera el plus de nocturnidad, manteniendo una cierta distancia que se cuantifica en un 50% dado que los trabajadores nocturnos cobran el 25% y los de los turnos restantes el 12,5%, y, además, también es más sustancioso este plus de compensación pues se cifra en el 12,5% del salario base por 455 días y no por 365 días como el primigenio. Por ello, concluye la sentencia que:

«No nos hallamos ante una condición más beneficiosa por el hecho que el plus de nocturnidad se continuase abonando cuando ya no realizaba el trabajo en el turno de noche al no desprenderse que exista una intención de que se incorporase al patrimonio del trabajador con carácter permanente, porque si fue Cespa la que en febrero de 2004 le propuso pasar al turno de mañana, continuando percibiendo el plus de nocturnidad aunque no trabajase en el horario nocturno, la suscripción del Acuerdo de 7/06/2004 revela que la intención era disminuir las diferencias salariales no justificadas, y el hecho que la empresa que se subrogó en la relación que mantenía con Cespa mantuviese el mismo, tampoco es indicativo de la intención de que se incorporase a la retribución salarial con carácter permanente, porque el tiempo abonando el mismo, que no excede de los dos años, no fue prolongado. Lo expuesto lleva a desestimar el recurso».

JESÚS CRUZ VILLALÓN

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO

IV. CONTRATACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES.
 - A) **Período de prueba.**
 3. CONTRATACIÓN TEMPORAL.
 - A) **Supuestos.**
 - a) Contrato por obra o servicio determinado.
 - b) Contrato de interinidad.
 - B) **Reglas generales.**
 - a) Conversión en indefinido.
 4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL.
 - A) **Contrato a tiempo parcial.**
 - B) **Contratos fijos discontinuos.**
 - C) **Contrato de relevo.**
 5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONTRATACIÓN LABORAL. IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL.
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica cabe destacar la aprobación reciente del Real Decreto Ley 4/2012 con incidencia clara en materia de contratación. Entre otros aspectos, dicha norma contempla nuevos contratos, como el llamado a tiempo parcial con vinculación formativa (art. 9 RD-L) para jóvenes sin o con poca experiencia laboral, el denominado contrato eventual de primer empleo joven, así como modificaciones en los contratos para la formación y el aprendizaje y contratos en prácticas. Asimismo, se establecen bonificaciones a la contratación de jóvenes en paro e incorporación de jóvenes a empresas de economía social, incentivos a la contratación indefinida de un joven por microempresas y empresarios autónomos, incentivos para la contratación en prácticas para el primer empleo (art. 13); e incentivos a la contratación por jóvenes autónomos de parados de larga duración mayores de 45 años (contratos entre generaciones) (art. 11 RD-L).

Por lo que se refiere al análisis judicial, la sentencia más relevante es la STJUE de 22 de noviembre de 2012, IL J 1102/2012, que, examinando la legislación española para el cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, determina la concurrencia de una discriminación indirecta por razón de sexo en el sistema de cálculo para los trabajadores a tiempo parcial en cuanto a que la situación afecta a un mayor número de mujeres que de hombres.

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

A) Período de prueba

Cabe destacar en relación con el pacto de prueba la **STSJ de Madrid de 18 de julio de 2012, IL J 1183/2012**, que declara la validez del período de prueba pactado en un supuesto en el que se entiende que no cabe aplicar el art. 44 ET:

«Sin embargo, en el presente caso, pese a lo alegado por la recurrente, es lo cierto que, debiendo partirse necesariamente del inatado relato fáctico de la sentencia, lo que conlleva ignorar las alegaciones de hechos no recogidos en el mismo, se observa que aunque la actora había suscrito con anterioridad un contrato de trabajo con la empresa UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO, SA y continuó prestando los mismos servicios tras extinguirse dicho contrato al ser contratada unos días después por la empresa demandada, no aparece que, conforme a la doctrina de referencia, se hayan cumplido los requisitos legalmente exigidos para la sucesión de empresas con arreglo al artículo 44 E.T., lo que impide considerar que el pacto de prueba careciera de justificación, siendo por el contrario perfectamente válido, como veremos, dado que se trataría aquí de dos empresas distintas, con lo que el supuesto quedaría fuera del contemplado en el artículo 20 del Convenio Colectivo y en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, y en consecuencia habría de desestimarse el motivo Segundo del recurso, que parte de una premisa inexistente cual es la pretendida sucesión de empresas. Y es que, en una interpretación de la normativa de referencia efectuada con arreglo a los criterios hermenéuticos antecitados, se ha de entender necesariamente que tanto el artículo 20 antecitado, como el artículo 14 E.T., exigen que la prestación de servicios se haya realizado en la misma empresa, bajo cualquier modalidad de contratación, en cuyo caso sería nulo el pacto de prueba que pudiera establecerse en el contrato. Con lo que era perfectamente ajustado a derecho establecer un período de prueba, sin que sean de recibo las alegaciones de la recurrente, en absoluto justificadas, por las razones expuestas. Y aquí se ha de insistir en que no cabe considerar que dicho pacto sea nulo, dado que la finalidad del período de prueba no es otra que posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato, de manera que el empresario pueda valorar las aptitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido (S.^a T.S. de 12-11-2007, Rec. 4341/06), y en el presente caso resulta razonable y no puede entenderse contrario a derecho admitir un período de prueba, al celebrar el contrato con la actora una empresa distinta, con la que aquélla no tenía ninguna relación, lo que justifica el pacto de referencia».

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) *Contrato por obra o servicio determinado*

La **STS de 18 de septiembre de 2012, IL J 1119/2012**, declara que no se ajusta a derecho el contrato de obra o servicio pactado, o mejor, la sucesión de ellos, para dar cobertura a una necesidad cíclica y discontinua de la empresa, dado que el contrato a utilizar en este caso es el fijo discontinuo:

«[...] el actor ha suscrito cuatro contratos de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinados, con la categoría de peón, suscribiéndose dichos contratos para la explotación y mantenimiento de medios mecánicos, lo que nos lleva a concluir, por las razones que a continuación se expondrán, que se trata de una relación de carácter indefinida fija-discontinua. En efecto, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, ya que la actividad para la que ha sido contratado el actor, peón de remotes mecánicos, es una necesidad que se repite en intervalos temporales separados, pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad, pues la actividad a la que se dedica la empresa, Cetursa Sierra Nevada S.A. —teleféricos, funiculares y telesillas— se desarrolla a lo largo de la temporada de esquí en la estación de deportes de invierno situada en Sierra Nevada (Granada), cuya duración se reitera en el tiempo, aunque sea por períodos limitados. La actividad de peón de remotes responde a las necesidades normales y permanentes de la entidad empleadora durante la temporada en la que permanece abierta al público la estación de deportes de invierno de Sierra Nevada (Granada). Esta necesidad de trabajo no puede cubrirse a través del contrato eventual porque la misma no responde a necesidades extraordinarias por circunstancias de producción temporalmente limitadas, ni tampoco puede atenderse mediante contratos de obra o servicio determinados, porque no hay limitación temporal de la obra o servicio, sino reiteración en el tiempo de forma permanente de las tareas en determinados períodos que se repiten todos los años, aunque no en las mismas fechas. Por todo lo razonado la naturaleza del contrato que liga al actor con la demandada es el de indefinido fijo discontinuo, y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida procede la estimación del recurso formulado, con el alcance que se determinará a continuación».

Por otra parte, la **STSJ de Castilla y León de 18 de julio de 2012, IL J 1186/2012**, resuelve sobre la conocida cuestión de la necesidad de que esta modalidad contractual se utilice para cubrir actividades no permanentes de la empresa. Y así declara que no se ajusta a derecho el contrato por obra concertado entre un asistente infantil y una escuela infantil, dado que la actividad desempeñada por la trabajadora en la misma no presenta ninguna de las características que justifican el recurso a esta modalidad de contratación temporal, sino que se trata de la actividad ordinaria y permanente de la empresa. En el mismo sentido se pronuncian la **STSJ de Madrid de 23 de julio de 2012, IL J 1165/2012**, y la **STSJ de Galicia de 19 de julio de 2012, IL J 1178/2012**. La primera, que declara que la expresión que el contrato recoge para acreditar la obra o servicio entre un trabajador y la Consejería de Empleo y Mujer —«servicios puntuales para el funcionamiento de la Consejería»—, debe considerarse manifiestamente insuficiente para apreciar cumplido el requisito de identificación la obra o servicio objeto del contrato. La segunda de las resoluciones deter-

mina que cuando no hay correspondencia entre la obra que se especifica como justificación del contrato y las tareas realmente desempeñadas por el trabajador no cabe sino concluir en la irregularidad de la contratación.

b) Contrato de interinidad

En punto a la interinidad por vacante, la **STS de 27 de septiembre de 2012, IL J 1269/2012**, unifica doctrina sobre la forma de cese en los supuestos de extinción del contrato temporal por supresión del puesto de trabajo desempeñado en régimen de interinidad. La sentencia estima que, en cuanto a las formalidades, la supresión de la plaza ha de ser comunicada individualmente a cada uno de los trabajadores interinos afectados. A este respecto interesa destacar la siguiente argumentación del Tribunal:

«Es cierto que ni la Ley del Estatuto de los Trabajadores ni el Reglamento citado que regula los contratos de duración determinada exigen forma escrita para la comunicación o denuncia del cese de los contratos temporales. Pero no es menos verdad que, salvo que se acepte la ineficacia total de este requisito del acuerdo de extinción del contrato temporal, la denuncia o comunicación se ha de producir por escrito o por cualesquiera otros medios posibles, debiendo en todo caso tener la cualidad de denuncia individualizada al trabajador contratado en cuanto parte o sujeto del contrato de trabajo interino. Esta comunicación o denuncia individualizada no puede ser sustituida por la transmisión de la noticia a través de otros canales informativos como la comunicación genérica en el intranet o en la página web de la empresa, o la notificación a los representantes de los trabajadores, o la constancia de la decisión de supresión en un convenio o acuerdo colectivo».

B) Reglas generales

a) Conversión en indefinido

La **STSJ de Aragón de 23 de mayo de 2012, IL J 1094/2012**, declara el carácter indefinido de la relación laboral de una trabajadora que durante dos años ha prestado servicios como administrativa para la misma Administración concertando sendos contratos por obra pero desempeñando siempre las mismas funciones permanentes como administrativa, sin que sirva como justificación de la temporalidad la vinculación a proyectos subvencionados:

«En el presente caso la actora ha prestado servicios sin efectiva solución de continuidad desde el 21-6-2007 para la Administración demandada como administrativa en la Escuela Taller en virtud de dos contratos para obra o servicio determinado sucesivos. Las tareas han sido las mismas en los sucesivos contratos, como administrativa. Y, como afirma la sentencia de esta Sala de 25.1.2010, “a los efectos de identificar el puesto de trabajo lo trascendente es que los trabajos realizados sean propios, básicamente, de un mismo puesto de trabajo, es decir, que las funciones principales del trabajador bajo los diferentes contratos sean sustancialmente las mismas, aunque se haya podido producir alguna modalización en la ejecución de las mismas y/o alguna variación en las labores accesorias”. Resulta evidente, en consecuencia, que nos encontramos ante el supuesto de hecho base de la norma cuya indebida aplicación denuncia el recurso, que, por ello, debe ser desestimado. A lo que no se oponen las previsiones contractuales que supeditaban la vigencia de la relación

a la existencia de financiación suficiente de los proyectos, como tiene resuelto el Tribunal Supremo en casos análogos al presente, en los que, a propósito de la vinculación de la duración del contrato con la de una subvención, razona: “en todo caso, de la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha introducido un nuevo apartado en el art. 52 ET, que autoriza la extinción del contrato por causas objetivas. En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes o programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales, consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate”. Razonando asimismo que “del carácter anual del Plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquel subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian” (sentencia de 3.2.2010, r. 1710/09)».

Por otro lado, también considera la **STS de 6 de noviembre de 2012, IL J 1245/2012**, que se ha producido la conversión en indefinido prevista en el art. 15.5 ET en un supuesto en el que se acredita la superación del periodo temporal de veinticuatro meses dentro del global de treinta:

«El problema de fondo, que, como vimos, se contrae a determinar si el vínculo que unió a la demandante con la Universidad Autónoma de Madrid se transformó en indefinido —no fijo— por aplicación de lo dispuesto en el art. 15.5 del ET, en la redacción dada por la Ley 43/2006, había sido ya resuelto por esta Sala al analizar situaciones similares de otros trabajadores en otra administración pública en las sentencias, entre otras, de 19 de julio de 2010 (R. 3655/09), 9 de diciembre de 2010 (R. 321/10), 15 de febrero de 2011 (R. 1804/10), 19 de abril de 2011 (R. 2013/10) y 24 de mayo de 2011 (R. 2524/10), a cuya doctrina hemos de estar por razones de seguridad jurídica e igualdad en aplicación de la ley, por no apreciarse datos nuevos que requieran de un cambio jurisprudencial y por no resultar aquí de aplicación, por razones cronológicas, las novedades normativas invocadas en el escrito de impugnación, ni la suspensión temporal de carácter general de aquél precepto del ET, acordada por el RD-Ley 10/2011, sin que tampoco lo sea lo que la sentencia impugnada denomina “doctrina de la unidad del vínculo”, recogida, en efecto, en las sentencias de esta Sala que menciona, porque en ellas se contempla un problema (el del complemento de antigüedad) y unas situaciones (la de los trabajadores de la sociedad estatal de correos y telégrafos) por completo diferentes a la de los presentes autos. En efecto, tanto la nueva redacción de la disposición adicional decimoquinta del ET (que no de la Ley 35/2010) introducida por el artículo 1.seis de la Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 18-9-2010), vigente desde el 19 de septiembre de 2010 (disposición final 4.ª Ley 35/10), como la adicional vigesimotercera de la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE 2-6-2011), en vigor desde el 2 de diciembre de 2011 (disposición final undécima Ley 14/11), lo mismo que sucedería con la suspensión temporal general del precepto estatutario, acordada por razones de urgencia por el art. 5 del RD-Ley 10/2011, de 26 de agosto (BOE 30-8-11), al no encontrarse aun vigentes ninguna de tales normas cuando sucedieron los hechos, cuando se interpusieron la reclamación previa y la demanda, ni cuando se dictó la sentencia de instancia, por lo que, como ya hemos adelantado, al margen

de la repercusión que tales normas puedan llegar a tener en el futuro respecto al vínculo laboral indefinido de la actora, carecen de incidencia alguna en este proceso.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL

A) Contrato a tiempo parcial

De entrada, tiene gran relevancia la **STJUE de 22 de noviembre de 2012, IL J 1102/2012**, que, examinando la legislación española para el cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, determina la concurrencia de una discriminación indirecta por razón de sexo para los trabajadores a tiempo parcial en cuanto a que la situación afecta a un mayor número de mujeres que de hombres. La sentencia dictada en respuesta a una cuestión prejudicial que formuló un juzgado de Barcelona a raíz de una demanda de una pensión de jubilación de una limpiadora en una comunidad de propietarios que trabajaba cuatro horas a la semana y tenía 18 años cotizados. La aplicación de la disposición adicional séptima TRLGSS suponía que sus cotizaciones equivalían a un período de menos de tres años, por lo que se argumentaba que necesitaría trabajar cien años para poder acceder a una pensión de jubilación. El Tribunal examina diversas cuestiones y partiendo del concepto de discriminación indirecta, estima que se opone al art. 4 de la Directiva 79/7 una normativa como la española que exija a los trabajadores a tiempo parcial (mayoritariamente mujeres) en comparación con los trabajadores a tiempo completo un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder a una pensión de jubilación ya en cuantía proporcionalmente reducida. Se considera que esta normativa priva en la práctica a los trabajadores de obtener la pensión de jubilación.

B) Contratos fijos discontinuos

La **STS de 24 de septiembre de 2012, IL J 1042/2012**, reitera doctrina 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 hasta la fecha en que el trabajador hubiera prestado servicios por finalización de la campaña. En este sentido se argumenta que los salarios de tramitación tienen naturaleza indemnizatoria, por lo que no proceden en aquellos periodos en los que al trabajador no le hubiera correspondido prestar servicios.

Por su parte, la **STS de 24 de octubre de 2012, IL J 1254/2012**, incide en la delimitación entre este tipo de contratación y los contratos por obra o servicio determinados. Se estima que la modalidad adecuada de contratación para quien es contratado sucesivamente en periodos temporales concretos para una empresa pública (Autoridad Portuaria de Almería-Motril) para cubrir la mayor necesidad de personal durante la operación «Paso del Estrecho», es la de indefinida discontinua, ya que se produce una necesidad de trabajo intermitente o cíclica, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de homogeneidad, sin que el hecho de que tal operación esté sometida a dotación presupuestaria y planificación anual en atención a la influencia de viajeros que prevean acudir al recinto portuario durante los meses estivales para pasar el Estrecho de Gibraltar, justifiquen que pueda recurrirse a la modalidad de contratación temporal.

C) Contrato de relevo

La **STS de 5 de noviembre de 2012, IL J 1246/2012**, aborda el requisito de identidad o similitud en los puestos de trabajo del jubilado parcial y el relevista, entendiendo que este requisito no es ineludible, pero sí lo es la correspondencia sustancial en las cotizaciones a la seguridad social. El Tribunal Supremo resume y recoge su propia doctrina:

«1) además de facilitar el acceso gradual a la jubilación y la renovación de las plantillas de las empresas, la regulación legal de la jubilación parcial pretende otros dos objetivos, uno de política de empleo que es evitar la pérdida de puestos de trabajo, y otro de salud financiera de la Seguridad Social que es evitar una merma sustancial en la recaudación de las cotizaciones sociales; 2) el requisito de identidad o similitud de los puestos de trabajo del jubilado parcial y del relevista, y la pertenencia al mismo grupo profesional y a la misma o equivalente categoría profesionales como criterio de definición de tales identidad o similitud, no es de exigencia ineludible, en cuanto que las propias normas legales han previsto excepciones “*reglamentarias*” a la misma; 3) sí es, en cambio, de exigencia ineludible la correspondencia sustancial de las cotizaciones sociales, cifrada en el mínimo del 65% de la cotización del relevista respecto de la del relevado; y 4) la Ley 27/2011, no aplicable al caso por razones cronológicas, clarifica no obstante el panorama interpretativo, en cuanto que suprime la referencia al trabajo igual o similar, limitando la comparación de los puestos de trabajo del jubilado parcial y del relevista a la regla citada de correspondencia sustancial de cotizaciones sociales».

5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONTRATACIÓN LABORAL. IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL

La **STSJ de Madrid de 5 de septiembre de 2012, IL J 1287/2012**, resuelve un supuesto en el que tras el reconocimiento de la condición de indefinidas no fijas a una serie de trabajadoras, se procedió a adscribir su puesto en la Relación de Puestos de Trabajo de la Administración empleadora a una serie de vacantes preexistentes. El Tribunal estima que la cobertura mediante personal fijo de dichas vacantes implicaría la concurrencia de una causa legal de extinción de los contratos. Por esta razón, desestima la argumentación de las trabajadoras cesadas de que se debían haber creado unas vacantes nuevas en la Relación de Puestos de Trabajo al entender que la adscripción realizada por la Administración a otras vacantes no estaría prohibida por la ley.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO
LUIS ENRIQUE NORES TORRES
MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. SALARIO.

A) Definición y composición de la estructura salarial.

- a) Diferencias salariales por realizar trabajos de superior categoría.
- b) Retribución de las horas extraordinarias. Valor no inferior al de la hora ordinaria. Empresas de Seguridad.
- c) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Cambio de estructura salarial. Desestimación.
- d) Actualización salarios. Bases e índice para su cálculo.
- e) Conflicto Colectivo. Reducción de retribuciones. Empresa pública.
- f) Conflicto colectivo. Absorción y compensación salarial. No procede.
- g) Complemento de antigüedad. Trienios. Profesores de religión.
- h) Conflicto colectivo. Retribución y salario. Plus adicional de comida.
- i) Renfe. Complemento por cumplimiento de objetivos.

2. TIEMPO DE TRABAJO.

- A) Acuerdo de descuelgue y modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Licitud de periodo de consultas iniciado para proceso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo que luego torna a proceso sobre inaplicación de convenio.
- B) Condición más beneficiosa. No lo es percibir el concepto de nocturnidad, sin prestar servicios en horario nocturno por periodo inferior a dos años.
- C) Horas Extraordinarias. Retribución. Los complementos de puesto de trabajo sólo se incluyen en el cálculo de la hora extra, si queda acreditado que las horas extra se trabajaron en las circunstancias que dan lugar al devengo de tales complementos.
- D) Trabajo nocturno. Distinción entre trabajo y trabajador nocturno. Preferente aplicación de la previsión anual.
- E) Jubilación parcial. Interpretación de «mismo o similar puesto de trabajo».
- F) Vacaciones: derecho al disfrute en periodo posterior al año natural, si fue imposible su disfrute en el calendario fijado motivado por la Incapacidad Temporal del trabajador.

3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL.

- A) ATE-Cuidador. Delimitación de funciones correspondientes a la categoría del actor, criterio finalista.

4. MOVILIDAD FUNCIONAL.

A) **Movilidad vertical ascendente parcial y encomienda de tareas fundamentales.**

5. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO.

A) **Profesores de religión. Modificación de la jornada. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.**

B) **Acuerdo de descuelgue. Modificaciones colectivas relacionadas con jornada, turnos y horarios.**

C) **Conflicto colectivo. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.**

D) **Conflicto Colectivo. AENA. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.**

E) **Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Pacto extraestatutario.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en el Repertorio Analítico de Jurisprudencia de los números 10, 11 y 12 de 2012 de la revista *Información Laboral* (octubre-diciembre de 2012).

1. SALARIO

A) **Definición y composición de la estructura salarial**

a) *Diferencias salariales por realizar trabajos de superior categoría*

STS de 18 de septiembre de 2012 (recurso de casación unificación de doctrina 4154/2011), IL J 1036/2012.

1. En este procedimiento se las diferencias salariales correspondientes al desempeño de funciones de la categoría superior de Maestro de Taller-Grupo durante unos meses. Y si bien inicialmente el Juzgado estima su pretensiones, la sentencia del TSJ la revoca, sobre la base que las que se describen realiza el actor, «encajan mucho más en las propias de la categoría inferior que en la de la superior» y, «comparando las funciones de una y otra categoría, las que realiza el demandante son algunas de las superiores si bien no constituyen el núcleo de sus tareas de la categoría superior y, a mayores también realiza algunas de las de categoría inferior».

2. Interpuesto recurso de unificación de doctrina aportando como sentencia contradictoria una de la misma Sala de lo Social del TSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), referida al mismo demandante y a la misma demandada, sobre una pretensión idéntica, con unos hechos probados iguales y con el mismo fundamento legal: el artículo 39.4 del ET y el artículo 16 del Convenio Colectivo aplicable, y donde se dictamina que la realización de las tareas de superior categoría por el trabajador dará derecho a éste a percibir las retribu-

ciones de la categoría superior, se estima la reclamación salarial del actor en referencia a un período anterior al del caso de autos. Resuelve la del TS que debe dilucidarse en función de las tareas y funciones desempeñadas, y queda acreditado que el trabajador ha realizado funciones correspondientes a su categoría profesional de Monitor como funciones correspondientes a la superior categoría de Maestro de taller, es decir, labores de docencia. Funciones docentes que no pueden considerarse como accesorias sino de contrario fundamentales. Declarando el derecho del actor a percibir las retribuciones correspondientes al grupo de mayor categoría.

3. Sigue el criterio la Sala del TS, que ha reiterado en numerosas ocasiones, que aparte de la importancia que tiene acreditar las funciones que se realizan en los dos puestos de trabajo y el tiempo que en ellas se emplea, debe tenerse en cuenta el criterio de determinar la existencia de funciones específicas, como es en este caso la docencia, que tanto por su desempeño como cualificación y objeto, son fundamentales en la categoría superior, y en ningún caso se realizan en la categoría inferior. Este criterio es sin duda necesario para poder realizar una valoración conjunta de todas las circunstancias, que se dan de facto en la realización de las funciones de la categoría o nivel superior por cuyas tareas se reclama la diferencia salarial.

b) Retribución de las horas extraordinarias. Valor no inferior al de la hora ordinaria. Empresas de Seguridad

STS de 17 de septiembre de 2012 (recurso de casación unificación de doctrina 251/2012), IL J 1032/2012; **STS de 17 de septiembre de 2012** (recurso de casación unificación de doctrina 252/2012), IL J 1030/2012; **STS de 17 de septiembre de 2012** (recurso de casación unificación de doctrina 4091/2011), IL J 1031/2012; **STS de 18 de septiembre de 2012** (recurso de casación unificación de doctrina 4396/2011), IL J 1117/2012; **STS de 20 de noviembre de 2012** (recurso de casación unificación de doctrina 250/2012), IL J 1310/2012.

1. El objeto del procedimiento es reclamación de diferencias salariales por el abono de las horas extraordinarias, solicitando la parte actora que se las abonen incluyendo todos los complementos salariales, regulados en el art. 66 del Convenio y 75 plus de vestuario, considerando que debe ser considerado como naturaleza salarial, porque se abona en las quince pagas, en vacaciones y es una cantidad elevada para dicho destino, se estima parcialmente la demanda denegando la inclusión del plus de vestuario y de transporte por entender que es extrasalarial. Como antecedentes es obligado hacer un relato histórico, y para ello no hemos de remitir a la Sentencia de fecha 21 de febrero de 2007 dictada por la Sala Cuarta del TS procedimiento de conflicto colectivo, en cuyo fallo dispuso: «declaramos la nulidad, correspondiente, del apartado 1.a) del art. 42 del Convenio Colectivo Estatal de las empresas de seguridad para los años 2005 a 2008 que fija el valor de las horas extraordinarias laborales y festivas para los vigilantes de seguridad»; del art. 42, apartado b), únicamente en cuanto a las horas extraordinarias laborales para el resto de las categorías profesionales y el punto 2 del art. 42, que fija el valor de la hora ordinaria a efectos de garantizar el importe mínimo de las horas extraordinarias inferior al que corresponde legalmente». Por auto de la misma Sala, de 28 de marzo de 2007, se

rechazaba la aclaración de sentencia y se argumentaba: «No cabe pues, en el ámbito de este proceso, realizar disquisiciones sobre la cuantificación del salario base, y de los complementos salariales que integran la estructura salarial, lo que en su caso, sería objeto de conocimiento de un posterior proceso en reclamación de cantidad por diferencias en el pago de las horas extraordinarias». Interpuesto un nuevo conflicto solicitando que se declare que, a tenor del art. 35.1, el valor de la hora extraordinaria debe obtenerse a partir de la hora ordinaria de trabajo, considerando como tal el correspondiente al salario ordinario por unidad de tiempo, sin computar un modo específico de realizar el trabajo o su prestación en circunstancias concretas, que ya se encuentra retribuido por el propio complemento salarial de que se trate», se dictó Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 10-11-2009 que, estimando la excepción de cosa juzgada por la Sentencia de la Sala 4.^a del TS de 21 de febrero de 2007, anuló la dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En fecha 18 de septiembre de 2007 se ha presentado por asociaciones patronales de empresas de seguridad otro conflicto colectivo por el que se pretende que los sindicatos demandados *«acepten la inaplicación de los conceptos económicos del Convenio Colectivo vigente, como consecuencia de haberse roto el equilibrio del mismo con efecto retroactivo al 31-12-2004, debiendo proceder a la negociación de los mismos, para la recuperación del equilibrio del convenio, aplicándose mientras tanto los conceptos económicos del convenio anterior, correspondientes a los años 2002-2004, hasta que se proceda a la citada negociación, o hasta que se negocie un convenio nuevo»*. Se dictó sentencia por la Sala de lo Social de Audiencia Nacional que procedió a la inadecuación de procedimiento, Sentencia que fue revocada por Sentencia de la Sala Cuarta de 9 de diciembre de 2009, que devuelve las actuaciones a la Audiencia Nacional para que se pronuncie sobre el conflicto colectivo planteado.

2. Recurre la empresa alegando que el objeto del procedimiento requiere determinar los conceptos retributivos percibidos por el actor, argumentando que si el trabajador no acredita que ha realizado las horas en circunstancias especiales. 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 extraordinarias, y algunas en concreto deban abonarse en todo caso en repercusión de todos los complementos. Para determinar el valor de las horas extraordinarias trabajadas al margen de las circunstancias excepcionales y concretas que dan lugar al abono del plus, hemos de referir las sentencias ya dictadas al respecto, SSTS de 29 de febrero de 2012 (rec 45/2010), 1 de marzo de 2012 (rec. 4478/2010), 16 de marzo de 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). Donde se recoge que conforme al art. 26 del ET, 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. El problema podría surgir cuando las circunstancias laborales que se realizan en la jornada ordinaria y en la hora extraordinaria sean diferentes, en este caso, y en aplicación del art. 35.1 del ET, la hora extraordinaria nunca podrá remunerarse por debajo de la hora de jornada ordinaria, y en consecuencia habrá de calcularse el salario anual como declara aplicable el Tribunal Supremo, por más que la solución no siempre reflejará la realidad exacta de prestaciones contractuales. No

puede aceptarse que la hora extraordinaria reclamada con dicha circunstancia se remunerara como tal, si no siquiera hubiera sido abonada como hora ordinaria.

3. Han sido numerosas las reclamaciones por las diferencias en el abono de las horas extraordinarias realizadas, desde que la STS de fecha 21 de febrero de 2007 anuló el art. 42 del Convenio, por contravenir el art. 25.1 del ET, que dispone que el valor de la hora extraordinaria no será inferior al de la hora ordinaria, lo que derivó en la reclamación de las diferencias, solicitando la inclusión de la totalidad de los complementos; si bien es en la segunda fase de los recursos cuando el TS, en aplicación del criterio doctrinal mayoritario, dictamina que debe abonarse la cuantía de la hora ordinaria más los complementos salariales, si bien la retribución de las horas extraordinarias es un concepto salarial autónomo e independiente que remunera un tiempo trabajado que excede de la jornada habitual, y por ello en esta materia también están vedadas las figuras como la absorción o la compensación, y aunque a mi entender es siempre dudoso que un plus sea considerado como extrasalarial cuando se abona en todas las mensualidades, es decir se incluye en las pagas extraordinarias, y en vacaciones, así lo determina la Sala en aplicación de la Sentencia del TS resolviendo el conflicto colectivo inicial al que nos hemos referido; lo que parece indiscutible es que el valor de aquella 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, conduce a establecer que es una norma de *ius cogens* y, por tanto, el principio de jerarquía normativa o de legalidad (art. 9 de la CE) y el laboral de «norma mínima» que imponen el inexorable respeto a este mínimo.

c) *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.*
Cambio de estructura salarial. Desestimación

SAN de 5 de noviembre de 2012 (conflicto colectivo 233/2012), IL J 1237/2012.

1. El objeto de este conflicto afecta al personal directivo de una empresa que deriva de la fusión de Cajas de Ahorros L.; según la RLT, ha de declararse la nulidad de la estructura salarial que de forma unilateral ha modificado y por ello entienden que es una modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva, por infringir los artículos el art. 41 del ET, así como el art. 26 del mismo texto legal, aludiendo también al art. 40 del Convenio Colectivo del sector de Cajas de Ahorros, puesto que afecta al sistema de remuneración y cuantía salarial. La empresa L. mantuvo que no se había producido una modificación sustancial, puesto que no se había variado la estructura salarial del grupo directivo, limitándose a generalizar un modelo de retribuciones, basado en un método que ya se aplicaba a los 269 directivos procedentes de una de las Cajas fusionadas, y que respetó la estructura salarial del convenio, es decir se limitó a englobar en un complemento funcional las diferencias habidas entre el salario global reconocido y el ajustado a la valoración del puesto de trabajo que se ha efectuado en todos los puestos, manteniéndose las diferencias con el salario base, antigüedad y complementos personales que percibía cada trabajador. De toda la plantilla 700 directivos y 181 trabajadores suscribieron nuevos contratos, y ajustaron su sistema retributivo al nuevo modelo, que incluía un salario global y el complemento funcional que engloba el resto de los conceptos que venían percibiendo, por lo que en principio el con-

flicto quedaba circunscrito a los 301 directivos que no firmaron el acuerdo, de los cuales 147 incrementaron sus retribuciones, una vez valorados sus puestos de trabajo, 127 mantuvieron las mismas y solo a 27 se les redujeron sus retribuciones.

2. La sentencia resuelve entrar en dos cuestiones: si el número de trabajadores afectados en este conflicto implica que sea calificado como colectivo, y si es «sustancial» la variación efectuada en la retribución en este colectivo.

La Sala entiende que la empresa ha acreditado que ha mantenido todos los conceptos salariales regulados en el convenio, limitándose a introducir la aplicación de un método denominado «Hay», y utilizado en algunas de las Cajas fusionadas, donde en un complemento funcional, de naturaleza igual a un complemento del puesto de trabajo, se engloban las diferencias entre el salario global, reconocido a cada directivo después de haberle realizado la valoración de su puesto en concreto, y así el salario base, antigüedad y sus complementos personales siguen igual, manteniéndose además los otros complementos funcionales, por lo que concluye la sentencia que no se ha realizado por la empresa una alteración efectiva de la estructura del salario, puesto que el complemento funcional se subsume entre los complementos de puesto de trabajo, sino que se trata de una simple reordenación de las retribuciones, cuyas cuantías, que se han mantenido en muchos de los directivos, en otros se han incrementado, cuestión que le lleva a afirmar a la Sala que no se ha producido una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Y en referencia a los 27 directivos que, una vez valorados sus puestos de trabajo, están percibiendo retribuciones globalmente inferiores a las que venían percibiendo, sería una cuestión que afecta a la cuantía de sus retribuciones, y que sobre la base del 41.1.d) ET se considera modificación sustancial, que deberán ser impugnadas si así se quiere por estos trabajadores mediante demandas individuales, pues no se alcanza el límite de 30 exigido por el art. 41.2 ET para considerar que estamos ante una modificación colectiva.

3. En primer lugar recordar que el sistema de remuneración y cuantía salarial se incluye en la última modificación introducida en este artículo por la reforma efectuada a través del RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En ocasiones es confusa la línea divisoria para determinar cuál es la frontera entre una modificación sustancial de determinadas condiciones de trabajo, mas aún si tenemos en cuenta que «sustancial» es un concepto jurídico indeterminado, por ello en este caso la Sala opta por entender que el mantenimiento de los complementos a pesar de la introducción de un nuevo concepto en la nómina que engloba la diferencia es la cuestión relevante para que los directivos que mantienen igual o superior salario no puedan alegar que han sufrido una modificación en su estructura salarial, y si bien es cierto que esta no puede ser colectiva, pues tras la reforma citada el único factor a considerar es el número de trabajadores afectados dentro de la empresa, y en este caso deberían ser 30, es factible a mi entender que los 27 trabajadores puedan reclamar su derecho en demanda individual.

d) Actualización salarios. Bases e índice para su cálculo

SAN de 24 de septiembre de 2012 (conflicto colectivo 148/2012), IL J 1229/2012.

1. El objeto central de este conflicto es dilucidar si es ajustado a derecho que, habiéndose pactado en convenio colectivo una fórmula para calcular el incremento salarial anual

basada en combinar el IPC real del año anterior con el IPC previsto del presente, así la comisión mixta acuerda que la magnitud de IPC previsto se sustituya por la media entre los incrementos de las pensiones públicas y del salario mínimo interprofesional. Por una de las empresas demandadas se reconviene alegando la excepción de falta de acción debido a que el 13 de septiembre pasado la Comisión negociadora había alcanzado acuerdo para modificar íntegramente el art. 29 del Convenio, que es en el que los demandantes basan su reclamación, pues la misma queda vacía de contenido, y solicitando se condene a los actores a sujetarse al II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2012), que exige analizar su naturaleza jurídica en orden a determinar si su contenido resulta vinculante para las partes de este proceso.

2. La Sala responde en primer lugar a la una pretensión común de todos los recursos que plantean como cuestión de fondo principal la no aplicación de la revisión salarial prevista en convenio colectivo, ante la ausencia de la publicación por parte del Gobierno del IPC previsto para el año en curso; incluso se plantea la vulneración del art. 37.1 de la CE, al entender vulnerado el derecho fundamental a la negociación colectiva, pues según la parte recurrente se reinterpreta el resultado de esta si se sustituye el IPC previsto por el incremento previsto para las pensiones contributivas de la Seguridad Social.

Contesta la Sala reproduciendo la doctrina de otras sentencias al respecto, donde el Tribunal Supremo resolvió lo que debe entenderse por «IPC previsto» como magnitud recogida convencionalmente en orden a determinar subidas salariales. Por todas, cabe traer a colación su sentencia de 17 de junio de 2010 (RJ 2010/6293), que, con cita de pronunciamientos previos, desestimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de esta Sala de 1 de junio de 2009, indicando que, siendo cierto que el Gobierno no realiza declaraciones formales de previsión de IPC, «existen medios fiables que la evidencian inequívocamente». En concreto, se refiere a la revalorización prevista para las pensiones públicas en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado, ya que, por mandato del art. 27 de la Ley de Clases Pasivas del Estado y del art. 48 de la Ley General de la Seguridad Social, estas se incrementan en función del índice de precios al consumo previsto para cada año. En el mismo sentido: STS de 26 de junio de 2012, rec. 198/2011; STS de 24 de febrero de 2011, rec. 120/2011 y las que en ella se citan. Y declara la nulidad del acuerdo impugnado, reconociendo a los actores derecho al incremento salarial para el año 2012 según lo establecido en el art. 29 del Convenio. Es decir: equivalente a la media aritmética entre el IPC real de 2011 (2,4%) y el IPC previsto de 2012 (1%), lo que arroja un resultado de 1,7%, que ha de aplicarse en un 90% a raíz de la caída del índice de ventas al comercio al por menor en grandes superficies, siendo entonces la cuantía de 1,53%. Dado que el incremento salarial acordado fue de un 1,3%, la diferencia resultante que corresponde a cada trabajador afectado por el presente conflicto es de 0,23% sobre los salarios de 2011.

Zanja la segunda cuestión nuevamente aduciendo la Jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de marzo de 2011 (RJ 2011/3414), que determina que los Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva son «convenios para convenir», de modo que sus referencias a objetivos de moderación salarial son meras declaraciones de intenciones, aplicando la doctrina clásica del TCT, que establecía que este tipo de Acuerdos tienen «naturaleza contractual y eficacia limitada», siendo «un convenio “para convenir” carente de eficacia directa y automática, en tanto que sus estipulaciones, para

que sean de aplicación, han de insertarse en la negociación colectiva concreta» (SSTCT de 16 de enero de 1986, 17 de marzo de 1986, 10 de abril de 1986).

3. La cuestión principal de esta litis ya ha sido planteada de forma reiterada de otra forma pero aplicable al presente caso, en referencia a la interpretación de la literalidad de la norma que recoge la actualización de los salarios a través del IPC, y así se ha determinado que «no implica que la previsión no pueda ser la prevista para la revalorización de las pensiones públicas, es decir que dependa el incremento pactado de las tablas salariales de una referencia formal y expresa en los presupuestos cuando, si consta una previsión real y efectiva para otra cuestión con la misma finalidad, como es la actualización de las pensiones públicas que dependen directamente del Gobierno, siendo por lo tanto un dato inequívoco al respecto. SSTTS 26 de enero de 2010 (rec.96/2009), 18 y 25 de febrero de 2010 (rec. 87/2009 y rec. 108/2009), 24 de marzo de 2010 (rec. 82/2009), 12 de mayo de 2010 (rec. 159/2009), 15 de junio de 2010 (rec. 179/2009), 22 de junio de 2010 (rec. 147/2009).

e) Conflicto Colectivo. Reducción de retribuciones. Empresa pública

STS de 28 de septiembre de 2012 (recurso de casación unificación de doctrina 3/2012), IL J 1268/2012.

1. La cuestión planteada en el presente procedimiento es determinar si es ajustado a derecho o no la decisión unilateral de la empresa pública V. de reducir en un porcentaje del 5% el salario, en aplicación del RD-Ley 3/2010, de 4 de junio del Consell Valencià, dictado en cumplimiento de lo previsto en el RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, del Gobierno de España y para 2011 en virtud de la Ley 17/2010, de Presupuestos Generales de la Generalitat Valenciana, solicitando USO que se dicte sentencia declarando la nulidad radical de la rebaja salarial global acordada, y se declare que las percepciones de la plantilla han de ser las mismas que venía percibiendo hasta el 31 de diciembre de 2010. Fundamenta la solicitud en que la referida rebaja salarial se ha adoptado unilateralmente contraviniendo el acuerdo de adhesión de la comisión negociadora de la demanda al II Convenio colectivo del personal laboral al servicio de la administración de la Generalitat Valenciana y las tablas salariales previstas en el mismo, sin seguir el procedimiento establecido al efecto en los arts. 82.3 y 41.4 ET, con vulneración de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva de los arts. 7, 28 y 37.1 CE.

2. Desestima la Sala el conflicto colectivo interpuesto mediante el siguiente razonamiento, la rebaja salarial aplicada por la demandada es consecuencia de lo dispuesto en el D-L 3/2010 del Consell, dictado en cumplimiento de lo previsto en el RD-L 8/2010, de 20 de mayo por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, y que se configura como norma básica respecto de la autonómica dictada al respecto; y que a la fecha de entrada en vigor del citado RD-L, las retribuciones del personal laboral al servicio de la Comunidad Valenciana no se encontraban fijadas en ningún convenio colectivo, al haber expirado la vigencia temporal del II Convenio Colectivo del Personal al Servicio de la Comunidad Valenciana, por lo que venía regulándose en las leyes anuales de presupuestos, siendo las correspondientes al año 2010, la que se recogen en el art. 30 de la Ley 13/2009 de Presupuestos de la Generalitat Valenciana, modificado a su vez en su regulación por el citado artículo único del Decreto-Ley 3/2010, que determina la reducción del

5%. Llegando a la conclusión de que no puede haber lesión de derecho si no hay negociación colectiva; así mismo desestima la pretensión de la parte actora de no haber utilizado el procedimiento legalmente previsto para la modificación sustancial de las condiciones pactadas, pues se regula que «se instrumentará, a través de la negociación colectiva, y como no ha habido tal negociación, las partes negociadoras deben aplicar el mandato legal en virtud del principio de jerarquía normativa, pues la reducción viene impuesta no por la empresa demandada, sino una norma con rango de ley dictada en desarrollo de la legislación básica de ámbito estatal que puede alterar lo establecido en las normas anteriores de igual o inferior rango».

3. La desestimación del conflicto tiene su única base en que la Sala determina previamente la inexistencia de negociación colectiva al respecto, cuando el sindicato demandante mantiene que si la hay y prima en consecuencia, pues existe un acuerdo de adhesión de la comisión negociadora de la empresa pública demandada al Convenio de personal laboral de la Generalitat Valenciana, puesto que las retribuciones de este personal no puede considerarse que estén fijadas por Convenio Colectivo, puesto que este ya no estaba en vigor. Y al estar la reducción salarial prevista por norma con rango de ley, no puede considerarse una decisión unilateral del empresario y en consecuencia no tiene por qué seguir el procedimiento del art. 41.4 del ET.

f) Conflicto colectivo. Absorción y compensación salarial. No procede

STS de 20 de julio de 2012 (recurso de casación 43/2011), IL J 1050/2012.

1. El objeto del procedimiento se centra en dilucidar si es procedente la práctica empresarial de absorber y compensar el incremento del salario por aumento del complemento de antigüedad y/o el aumento de la categoría profesional.

La empresa demandada rige sus relaciones laborales por el XVI Convenio Colectivo Estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE de 6 de abril de 2009), cuyo art. 7 indica que «Todas las condiciones económicas que se establecen en el presente Convenio, sean o no de naturaleza salarial, son compensables en su conjunto y cómputo anual con las mejoras de cualquier tipo que vinieran anteriormente satisfaciendo las empresas, bien sea por imperativo legal, Convenio Colectivo, laudo, contrato individual, uso o costumbre, concesión voluntaria de las empresas o cualquier otras causas. Dichas condiciones también serán absorbibles, hasta donde alcancen y en cómputo anual, por los aumentos que en el futuro pudieran establecerse en virtud de preceptos legales, Convenios Colectivos, contratos individuales de trabajo y por cualesquiera otras causas, con la única excepción de aquellos conceptos que expresamente fuesen excluidos de absorción en el texto del presente Convenio».

2. La remuneración de los trabajadores afectados incluye cuatro conceptos: salario base, plan de convenio, mejora voluntaria y antigüedad.

La empresa compensa los incrementos salariales derivados del ascenso profesional de los trabajadores con el concepto de «mejora voluntaria». Igualmente, cuando los trabajadores devengan algún trienio por antigüedad, la empresa procede a absorberlo en el mismo concepto.

La Sala Cuarta apuesta por considerar que el modo de proceder de la empresa no se ajusta a derecho, basando su argumentación en la necesidad de los complementos cuya absorción o compensación se pretende sean homogéneos, circunstancia no concurrente en el supuesto que nos ocupa.

3. El Alto Tribunal se sirve para resolver de la doctrina contenida en su sentencia de 19 de abril de 2012 (rcud. 526/2011), dictada en un procedimiento sustancialmente idéntico.

En la misma línea, por exigir la homogeneidad entre los conceptos salariales que se pretende absorber o compensar, encontramos también las SSTS de 6 de octubre de 2008 (rcud. 4461/2007); 4 de febrero de 2009 (rcud. 2477/2007); 27 de febrero de 2009 (rcud. 439/2008); 21 de octubre de 2009 (rco. 35/2009); y 1 de diciembre de 2009 (rco. 34/2008).

La necesaria homogeneidad «puede obtenerse a través del método inductivo, consistente [al contrario que el deductivo] en extraer la consecuencia genérica con base en el examen de varios supuestos particulares en cada uno de cuyos casos concretos se haya llegado a la misma consecuencia específica» [STS 6 de marzo de 2007 (rcud. 5293/2005)], si bien en algunos supuestos se ha flexibilizado este requisito [STS 18/07/1996 (rec. 2724/1995), entre otros], tendiéndose a que pueda resultar suficiente que los conceptos, por genéricos, resulten homogenizables [STS 20/07/2012 (rec. 43/2011)].

g) Complemento de antigüedad. Trienios. Profesores de religión

STS de 25 de septiembre de 2012 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2349/2011), IL J 1127/2012.

1. El procedimiento que nos ocupa trae causa de la sentencia del TSJ Andalucía de 2 de febrero de 2011 (1753/2009), que vino a estimar la demanda contra el Ministerio de Educación, Política Social y Deportes, mediante la cual 14 profesores de religión católica reclamaban trienios desde el inicio de sus relaciones laborales y el derecho a recibir las cantidades devengadas desde el 13 de mayo de 2007 (fecha de entrada en vigor la Ley 7/2001, del Estatuto Básico del Empleado Público —EBEP—), confirmando así el fallo del Juzgado de lo Social n.º 3 de Sevilla de 16 de marzo de 2009 (736/2008).

La Abogacía del Estado interpone recurso de casación para unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la del TS de 10 de diciembre de 2010 (2895/2009).

2. El objeto del procedimiento consiste en determinar si procede el reconocimiento de la antigüedad a efectos de trienios de los profesores de religión católica en identidad con los funcionarios interinos, esto es, desde el inicio de la prestación de servicios. Es preciso, por tanto, determinar si el complemento de antigüedad de aquéllos se somete a la regulación contenida en el artículo 25.2 EBEP o a la legislación laboral.

La Sala considera que, de acuerdo con la DA 3.ª de la LO 2/2006, de Educación (LOE), no es posible equiparar a los profesores de religión con funcionarios interinos resultado, por tanto, inaplicable el artículo 25.2 EBEP.

El EBEP aclara que al personal laboral sólo le serán de aplicación los contenidos del mismo que así lo dispongan expresamente.

A mayor abundamiento, el RD 696/2007, de 1 de junio, les otorga la condición de personal laboral y cita como fuentes de su relación laboral el ET, la DA 3.ª de la LOE, el propio RD y sus normas de desarrollo, así como el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales de 3 de enero de 1979, suscrito entre el Estado y la Santa Sede (art. 2).

En base a la argumentación expuesta, el recurso es estimado.

3. La decisión de la Sala se vale de dos sentencias previas, a saber, STS de 21 de diciembre de 2010 (rcud. 2667/2009) y STS de 7 de junio de 2012 (rec. 138/2011), en las cuales se pone de manifiesto que los profesores de religión, como personal laboral que son, se rigen por la normativa laboral, sin asimilación posible a los profesores interinos.

Si bien, es preciso destacar el voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández, a la última de las sentencias aludidas, donde sostiene que «la remisión salarial efectuada para los profesores de Religión va referida a los profesores interinos “laborales”, contradice la doctrina indicada del intérprete máximo de la Constitución acerca del significado y finalidad atribuibles a la DA Tercera LOE, habida cuenta de que la disposición legal tiende —según el criterio del Tribunal Constitucional— a la “máxima equiparación posible” en el estatuto económico con “respecto al resto de los profesores”», en referencia a las SSTC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 13, y 51/2011, de 14 de abril, FJ 7.

h) Conflicto colectivo. Retribución y salario. Plus adicional de comida

SAN de 21 de septiembre de 2012 (conflicto colectivo n.º 146/2012), IL J 1227/2012.

1. La Federación de Sindicatos de Confederación General del Trabajo presentó demanda de conflicto colectivo contra la empresa CASER, reclamando el importe correspondiente a la compensación de comida a partir del día duodécimo de ausencia en el trabajo del personal en situación de IT.

2. Se establece el derecho a una compensación por comida en el artículo 47.8.a) del Convenio sectorial aplicable, y conforme a las indicaciones previstas en el artículo 40 del mismo, esto es, por día trabajado con jornada partida. Por tanto, una interpretación literal de la normativa no puede llevar a otra conclusión que la de desestimar el recurso.

A mayor abundamiento, señalar que no se trata de una condición más beneficiosa, puesto que la empresa siempre ha descontado el importe correspondiente a partir del día duodécimo de ausencia al trabajo.

3. El pronunciamiento comentado se basa en la doctrina del TS contenida, entre otras, en las SSTS de 21 de noviembre de 2006 (rec. 3936/2005) y de 29 de marzo de 2002 (rec. 3590/1999), de acuerdo con las cuales «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)».

i) Renfe. Complemento por cumplimiento de objetivos

STS de 6 de noviembre de 2012 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3940/2011), IL J 1307/2012.

1. El actor, cuya categoría profesional es la de Interventor AVE-Supervisor de Servicios a Bordo, reclama la cantidad que la empresa le descontó de su complemento salarial por objetivos en atención al tiempo que estuvo en situación de incapacidad temporal.

Se recurre en casación unificadora la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 29 de julio de 2011 que, estimando el recurso de suplicación de la empresa y revocando la sentencia de instancia, desestima la pretensión.

2. El TSJ basa su decisión, ahora recurrida, de no estimar el suplico del actor en que durante el período en el cual el trabajador permaneció en situación de incapacidad temporal, la relación laboral estaba suspendida y, por tanto, no había obligación de prestar trabajo ni de abonar salario, incluidos los complementos reclamados.

En cambio, el Tribunal Supremo entiende que, dado el carácter colectivo del complemento salarial por objetivos, si se tiene en cuenta a todos los trabajadores (incluido quien se encuentra en situación de incapacidad temporal) para determinar el grado o nivel de productividad que da lugar al devengo del mismo, es oportuno también que todos ellos participen en el reparto que se derive, independientemente del tiempo trabajado.

La suspensión del contrato en virtud del artículo 45.2 LET no conlleva la prohibición de establecer remuneraciones pactadas colectivamente.

3. La sentencia comentada reitera el criterio mantenido por la Sala en sus sentencias TS de 5 de octubre 2010 (rec. 243/2009), de 10 de noviembre de 2010 (rec. 222/2009), de 7 de diciembre 2011 (rcud. 219/2011)

2. TIEMPO DE TRABAJO

A) Acuerdo de descuelgue y modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Licitud de periodo de consultas iniciado para proceso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo que luego torna a proceso sobre inaplicación de convenio

SAN de 21 de septiembre de 2012 (número de procedimiento 254/212), IL J 1228/2012.

1. La Federación Estatal de comercio, hostelería y turismo del sindicato Comisiones Obreras (en adelante FECHOT-CCOO) y la Federación estatal de empleados de comercio,

hostelería, turismo y juego de UGT dedujeron demanda de conflicto colectivo contra la empresa Centros Comerciales Carrefour S.A., FASGA, Federación de Trabajadores Independientes de Comercio y Comité Intercentros de Carrefour Hipermercados.

La controversia jurídica gira en torno al acuerdo suscrito en fecha 19 de julio de 2012 entre la empresa demandada y el Comité Intercentros por el que se acuerda el descuelgue del artículo 32.10 del Convenio de Grandes Almacenes, y además se alcanzaban diferentes acuerdos sobre movilidad funcional y polivalencia.

2. La Audiencia Nacional estima parcialmente la demanda de conflicto colectivo formalizada por los sindicatos mayoritarios. Confirma el acuerdo de descuelgue respecto del que no aprecia fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Y ello a pesar de que la decisión empresarial traía causa de una Sentencia previa de la misma Audiencia Nacional por la que se anulaba un Acuerdo de la comisión mixta de citado convenio sobre el mismo precepto, ya que citada circunstancia no blindaba al convenio de un procedimiento posterior de inaplicación, siempre que se tramite con arreglo al procedimiento legalmente previo.

Sí anula, sin embargo, el acuerdo sobre movilidad funcional, por chocar frontalmente con el artículo 15 del Convenio colectivo, respecto del que no existía acuerdo alguno de inaplicación.

3. La Audiencia Nacional ratifica la práctica empresarial de utilizar el procedimiento de negociación iniciado para instaurar determinadas modificaciones sustanciales de carácter colectivo, para culminar con un acuerdo de descuelgue. Destaca la Audiencia que ambas instituciones se asemejan en que la medida empresarial debe estar fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, debiendo seguirse en ambos casos un periodo de consultas que versará sobre la causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como las medidas necesarias para adecuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. Es por ello que si durante el proceso negociador la empresa otorgó información suficiente a los efectos pretendidos, permitiendo la presentación de propuestas y contraofertas, no puede entenderse que concurra vicio alguno en el procedimiento de negociación.

B) Condición más beneficiosa. No lo es percibir el concepto de nocturnidad, sin prestar servicios en horario nocturno por periodo inferior a dos años

STSJ de Madrid de 5 de septiembre de 2012 (recurso de suplicación 5367/2011), IL J 1290/2012

1. La trabajadora, que rige su relación laboral por el Convenio de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid, deduce demanda en la instancia ante la mercantil CLECE, S.A. en reclamación de cantidad por el concepto Plus de Nocturnidad.

Acontece que la trabajadora reclamante no presta servicios en turno nocturno, pero recibía este concepto de la anterior adjudicataria mediante (CESPA, S.A.).

La demandada es desestimada en la instancia; formalizado recurso de suplicación por la actora, es igualmente desestimado.

2. La Sala del TSJ de Madrid desestima el recurso de suplicación presentado por la trabajadora. Aclara que, pese a su denominación, queda acreditado que el plus de nocturnidad abonado por la anterior adjudicataria (CESPA, S.A.) buscaba, en definitiva, la aproximación salarial entre los trabajadores de noche y los trabajadores de día. Por tanto, era un plus que, dada la ausencia de prestación de servicios en turno de noche, agotaba su finalidad dentro de la plantilla de la empresa cedente, CESPA S.A.

Ocurre, no obstante, que la empresa cesionaria, CLECE, continuó abonándolo durante los dos años siguientes a la subrogación. Tiempo que se valora como poco prolongado, a fin de poder estimar la demanda aplicando la institución de condición más beneficiosa.

3. Acerca del complemento de nocturnidad y plus de compensación, pueden ser de utilidad las Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 11 de Madrid de 14 de marzo de 2008, autos 900/2007.

C) Horas Extraordinarias. Retribución. Los complementos de puesto de trabajo sólo se incluyen en el cálculo de la hora extra, si queda acreditado que las horas extra se trabajaron en las circunstancias que dan lugar al devengo de tales complementos

SSTS de 20 de noviembre de 2012; 18 de septiembre de 2012 y 17 de septiembre de 2012 (recursos de casación unificación de doctrina 208/2011), IL J 1310, 1117, 1030, 1031 y 1032/2012.

1. La totalidad de las Sentencias comentadas parten de hechos similares. Deduce demanda en reclamación de cantidad sendos trabajadores de la mercantil Transportes Blindados S.A. El objeto de la reclamación es la diferencia retributiva en el importe de la hora extra, de las que la mercantil demandada excluye conceptos tales como plus de nocturnidad, festivos y radioscopia.

La demanda es estimada en instancia y confirmada en el TSJ de Islas Baleares. Formalizado recurso de casación frente a él, corre suerte estimatoria por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

2. Para el Alto Tribunal los pluses de peligrosidad, nocturnidad y plus festivos vienen establecidos en el artículo 69 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, se definen en la norma colectiva de aplicación como complementos de puesto de trabajo, de forma que su devengo se produce exclusivamente cuando se trabaja en aquellas concretas situaciones, por lo que no es aceptable que se solicite cuando no se presten servicios en esta situación, y ello con independencia de que se perciban en las horas extras nocturnas, prestadas en festivos, etc.

3. Esta sentencia no es sino reiteración de doctrina precedente comentada en la crónica del mes de Junio de 2012, con motivo de la STS de 20 de marzo de 2012, IL J374 y las que allí se citan.

**D) Trabajo nocturno. Distinción entre trabajo y trabajador nocturno.
Preferente aplicación de la previsión anual**

SAN de 4 de octubre de 2012 (número de procedimiento 153/2012), IL J 1231/2012.

1. El Sindicato Independiente de la Energía (en adelante SIE) presentó demanda de conflicto colectivo frente a la empresa GAS NATURAL SDG, S.A. y frente a los sindicatos CC.OO, UGT, USO y CIG.

Los trabajadores a los que afecta el conflicto prestan servicios en turnos rotativos de mañana, tarde y noche. Los cuadrantes anuales se elaboran de común acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores a principios de año.

El sindicato demandante solicita que se reconozca y declare la calificación de trabajador turno al colectivo de empleados que realizan turno nocturno por entender que un tercio de su jornada la trabajan en horario comprendido entre las diez de la noche y las seis de la mañana.

La Sentencia de desestima la demanda formulada.

2. La Audiencia Nacional recuerda la distinción entre trabajo nocturno (aquel que se presta entre las 22:00 y las 6:00 horas) y trabajador nocturno, que sería aquel que realice en periodo nocturno una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual.

En cuanto al fondo, considera que la forma en que la empresa organiza los turnos no contempla que pueda realizarse en periodos nocturnos un tercio de la jornada anual (en el caso que nos ocupa 1.672 horas).

3. Sorprende la argumentación contenida en la Sentencia, por la cual la calificación de trabajador nocturno se reserva al previsto o programado con esa condición (tenor literal del art 36.1 del Estatuto de los Trabajadores), negándosele al que *de facto* preste servicios nocturnos superando al final de año el tercio de su jornada anual prevista.

Procede recordar que el artículo 36.1 del E.T establece la presunción de trabajador nocturno a aquel que *se prevea que puede realizar en tal periodo* (nocturno) una parte no inferior a un tercio de su jornada en trabajo anual, *para la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior*, es decir, para la prohibición de horas extra.

A juicio propio, esta referencia a la previsibilidad de trabajo nocturno debe acotarse a esta circunstancia, reconociéndosele igualmente a aquel, respecto del cual se supere un tercio de jornada anual en periodo nocturno a pesar, o en contra, de lo previsto en los respectivos calendarios laborales.

E) Jubilación parcial. Interpretación de «mismo o similar puesto de trabajo»

STS de 5 de noviembre de 2012 (recurso de casación unificación de doctrina 3968/2011), IL J 1246/2012.

1. El INSS deniega la prestación de jubilación parcial solicitada por un trabajador, arguyendo que el trabajador relevista no cumplía los requisitos previstos en el artículo 12.7.d) del Estatuto de los Trabajadores porque el puesto del trabajador relevista no es el mismo

del trabajador sustituido o uno similar, entendiéndose por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente. El trabajador relevado ostentaba la categoría de administrativo y grupo de cotización 7. El trabajador relevista ostentaba la categoría de Técnico Medio y grupo de cotización segundo.

Desestimada la prestación de jubilación parcial, el trabajador relevista dedujo demanda que fue desestimada en la instancia; formalizado recurso ante el TSJ de Madrid, este corrió igual suerte.

Finalmente, formulado recurso de casación por la empresa, con adhesión del trabajador relevado, el mismo es estimado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

2. La Sala de lo Social del Alto Tribunal recuerda que la finalidad de la institución de la jubilación parcial es doble: por un lado servir como política de empleo evitando la pérdida de puestos de trabajo; por otro como elemento de salud financiera, evitando una merma sustancial en la recaudación de las cotizaciones sociales.

En este contexto, el requisito de identidad de los puestos de relevista y relevado utilizando como criterio definitorio la pertenencia al mismo grupo profesional no es ineludible cuando la propia norma prevé una excepción, cual es la prevista en el artículo 166.2.e) de la Ley General de la Seguridad Social. Conforme esta última disposición legal, cuando el puesto de trabajo que vaya a desempeñar el relevista no pueda ser el mismo o uno similar que el del jubilado parcial deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos. Citada correspondencia se materializa en que la base de cotización del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65% de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial.

3. El Tribunal Supremo aplica, en este procedimiento, la interpretación finalista ya contenida, entre otras, en la STS de 23 de noviembre de 2011 (rcud. 3988/2010).

F) Vacaciones: derecho al disfrute en periodo posterior al año natural, si fue imposible su disfrute en el calendario fijado motivado por la Incapacidad Temporal del trabajador

STS de 29 de octubre de 2012 (recurso de casación para unificación de doctrina 142/2011), IL J 1252/2012.

1. Un trabajador de Altadis, con periodo vacacional calendarizado, se vio privado de su disfrute por una Incapacidad Temporal con fecha de inicio anterior a su disfrute.

Una vez agotada la Incapacidad Temporal, solicita a la empresa el disfrute del periodo vacacional en año natural posterior a su devengo, lo que es desestimado por la empresa alegando que, legal y convencionalmente, las vacaciones han de disfrutarse dentro de su año natural.

Interpuesta demanda ante la jurisdicción social, esta es estimada por el Juzgado de lo Social; formalizado recurso de suplicación, siguió igual suerte desestimatoria.

Finalmente, se formaliza recurso de casación que es, igualmente, desestimado.

2. La cuestión que se suscita en el recurso de casación consiste en determinar si cuando coincide el periodo fijado de vacaciones anuales en el calendario laboral con la situación

de incapacidad temporal del trabajador iniciada antes del fijado periodo vacacional se tiene o no derecho a disfrutar de este, en especial si el referido disfrute debería llevarse a cabo fuera del año natural al que inicialmente corresponden las referidas vacaciones.

El Alto Tribunal responde a la cuestión planteada, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10 del convenio 132 de la OIT, 7.1 de la Directiva comunitaria 93/104 y, muy señaladamente, por el contenido de la doctrina contenida en la STSJ de las Comunidades Europeas de fecha 21 de junio de 2012, conforme la cual el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de Incapacidad Temporal sobrevenida durante el periodo de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el periodo de incapacidad laboral.

Este mismo criterio favorable se extendió a los supuestos donde la IT es previa al comienzo del disfrute vacacional por la STJUE de 20 de enero de 2009.

3. La actual redacción del artículo 38.3 del ET introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, añadió un párrafo tercero que despeja completamente la presente controversia, al permitir que en casos como el que nos ocupan se disfruten las vacaciones en periodo anual diferente a su devengo, siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.

3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) ATE-Cuidador. Delimitación de funciones correspondientes a la categoría del actor, criterio finalista

STSJ de Extremadura de 17 de julio de 2012 (recurso de suplicación 230/2012), IL J 1188/2012.

1. Mediante Nota Interior núm. 134/2011, de 3 de junio, la Dirección del Centro de Cumplimiento de Medidas Judiciales «Vicente Marcelo Nessi» de la Junta de Extremadura establece que «el personal laboral de la Junta de Extremadura con categoría profesional de ATE-Cuidador tiene atribuidas funciones asistenciales formando parte del Equipo Socioeducativo del Centro de Cumplimiento de medidas Judiciales «Vicente Marcelo Nessi», y por tanto, le corresponde el ejercicio de tareas consistentes en participación en registros con desnudo integral a internos-menores». En consecuencia, a partir de dicho escrito, el procedimiento de ejecución de este tipo de registros incluye la autorización del Director del Centro, su práctica por un vigilante de seguridad en presencia del ATE-Cuidador y la remisión de un informe a la Fiscalía y al Juzgado de Menores sobre el resultado del registro, informe firmado por el vigilante de seguridad y el ATE-Cuidador.

2. Esta encomienda de funciones a los ATE-Cuidadores es objeto de impugnación judicial por demanda deducida por el representante de la central sindical SGTEX contra la Junta de Extremadura. La Sentencia de Instancia estima la demanda y manifiesta no ser función

del colectivo de ATE-Cuidadores del Centro de Cumplimiento de Medidas Judiciales «V. Marcelo Nessi» de Badajoz participar en registros con desnudo integral a los menores ni elaborar ni firmar documentos dirigidos al Juzgado de Menores y a la Fiscalía de Menores con resultados de los registros, condenado a las partes a estar y pasar por esta declaración.

Destacar en la normativa aplicable, amén del art. 82 ET, el V Convenio Colectivo para el personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura, publicado en el DOE el 23 de julio de 2005, en particular su artículo 6, párrafo último, y el anexo III, que define las funciones incluyendo el grupo IV el apartado ATE-Cuidador; los arts. 1.1, 5.1.c) y 20.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los arts. 22.1 y 2, y 5.c) del mismo texto legal; el Decreto 181/2010, que fija las funciones del equipo socio-educativo en sus artículos 19 y 21; y el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

3. La Sala en suplicación dicta la STSJ Extremadura núm. 391/2012, de 17 de julio, IL J 1188/2012 (rec. n.º. 230/2012), recuerda la jurisprudencia existente sobre el amplio margen de apreciación de la instancia en la interpretación de convenios y acuerdos colectivos (SSTS de 23 de junio de 2010, 23 de septiembre de 2010, 5 de abril de 2010 y 2 de abril de 2012, entre otras) y la atención en esta interpretación a las reglas concernientes a la interpretación de las normas jurídicas y también a las propias de la interpretación de los contratos (SSTS 05/04/10, 21/04/10, 18/05/10, 18/05/10 y 15/06/10, entre otras muchas). Márgenes que considera respetados en la instancia.

Razona además la Sala que, atendiendo a la delimitación de funciones realizada en el anexo III del V Convenio colectivo citado, y a la finalidad de la figura del ATE-Cuidador, la «atención de personas con discapacidad que asiste al beneficiario en tareas de su vida diaria que no puede realizar por sí mismo, colabora con el equipo de profesionales (profesor, educador) en tareas no especializadas que tengan como fin propiciar la formación y la autonomía personal del beneficiario, de la que serán responsables dichos profesionales, y acompaña a los beneficiarios en salidas al exterior», no corresponden a éste las controvertidas, funciones más propias de la garantía de la seguridad interior de los centros.

Entiende la Sala que existe una omisión en la referencia de la normativa estatal —RD 1774/2004— al personal sobre el estas funciones han de pesar, pero deduce de distintas manifestaciones de su art. 54.c) que no corresponden a este colectivo, negando siquiera la condición de los UTE-Cuidadores de meros observadores y apreciando, en su caso, contradicción entre esta condición y aquella con la que firman la práctica del registro, asumiendo éstos la responsabilidad del contenido de estos. La tutela de este precepto tiene por finalidad garantizar el derecho a la intimidad de los menores atendiendo a la doctrina constitucional (STC 37/1989), lo que tampoco se cohonestaba con la situación sostenida por la empresa.

Por último, llama también la Sala la atención sobre el hecho consistente en que «con anterioridad a la nota interior de la dirección del centro 134/2011, de 3 de junio de 2011, atribuyendo a los ATE-Cuidadores el ejercicio de tareas consistentes en la participación de los registros con desnudo integral, dichas tareas se realizaban por un educador». Con base en todo lo cual confirma la Sentencia de instancia.

4. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Movilidad vertical ascendente parcial y encomienda de tareas fundamentales

STS de 18 de septiembre de 2012 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4154/2011), IL J 1036.

1. La SJS núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife de 6 de mayo de 2010 estima parcialmente la demanda formulada por un trabajador contra la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias y condena al pago de diferencias salariales entre el el Grupo II, «Maestro de Taller», del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Canarias, y el Grupo III, «Monitor», categoría profesional del actor. Condena resultante de la realización en un Centro Específico, «Hermano Pedro», de funciones de superior categoría.

2. La anterior Sentencia de instancia es recurrida en suplicación por la Comunidad Autónoma de Canarias ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, la cual dictó sentencia con fecha 20 de octubre de 2011 en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, estima el recurso interpuesto revocando la sentencia de instancia con absolución de la Administración demandada. Fundamenta su decisión revocatoria la Sala canaria en que dichas tareas «encajan mucho más en las propias de la categoría inferior que en la de la superior» pues «comparando las funciones de una y otra categoría, es de ver que si bien el actor realiza algunas superiores, éstas no constituyen el núcleo de sus tareas y, por otra parte, también realiza algunas de las de categoría inferior».

3. Frente a ella se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina aportando como sentencia contradictoria la citada por idéntica Sala en fecha 20 de noviembre de 2009, referida al mismo demandante y a la misma demandada, sobre una pretensión idéntica, con unos hechos probados iguales y con el mismo fundamento legal: el artículo 39.4 del ET y el artículo 16 del Convenio Colectivo anteriormente citado, a tenor de los cuales el desempeño de funciones superiores a las correspondientes a la categoría del trabajador dará derecho a éste a percibir las retribuciones de la categoría superior. Estima el Alto Tribunal, mediante STS de 18 de septiembre de 2012, IL J 1036 (rcud. 4154/2011), el recurso partiendo del hecho no controvertido de que el actor desenvuelve tanto funciones de su propia categoría de Monitor como otras correspondientes a la superior de Maestro de Taller, de naturaleza docente. Pero coligiendo que tales funciones «no son accesorias sino fundamentales». Y considerando la existencia de sendas sentencias firmes concluyendo, primero, que las funciones realizadas por el actor son docentes, y, segundo, el derecho del actor a percibir las retribuciones correspondientes al Grupo II. El escrito del Servicio de Régimen Interior de la Consejería, recordando al personal que ha de ceñirse a las funciones propias de su categoría no hace sino demostrar, a juicio del Alto Tribunal, que «la realización de funciones de carácter superior en dicho Centro era una realidad conocida a nivel superior y que, en todo caso, el “ruego” de que se cesara en esa práctica no fue atendido».

5. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Profesores de religión. Modificación de la jornada. Modificación sustancial de condiciones de trabajo

STS de 18 de octubre de 2012 (recurso de casación unificación de doctrina 4030/2011), IL J 1112/2012.

1. El trabajador venía prestando servicios como profesor de religión para la Junta de Andalucía mediante relación laboral indefinida de carácter especial con una jornada de 23,30 horas lectivas. Mediante llamada telefónica de la Consejería, se le comunica que debe firmar un Anexo al contrato en el que se fija una jornada de 19,30 horas lectivas.

2. La cuestión que resuelve la presente sentencia ya fue resuelta en otras sentencias dictadas por la Sala de lo Social del TS —sentencias (dos) de conflicto colectivo de 19 de julio de 2011 (rec. 116/10 y 135/10)—. En ellas como resumen se establece: A) La relación laboral de los profesores de religión católica, sin alcanzar a constituir una relación especial a los efectos del artículo 2.1.j) del ET, se configura de modo «objetivamente especial» (STS de 9 de febrero de 2011, rec. 3369/09, y las que en ella se citan) como «un contrato temporal al margen de los supuestos que autoriza el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores» (STS de 6 de junio de 2005, rec. 950/04); B) Pese a esa vinculación «objetivamente especial», a los profesores de religión, en términos generales, les resulta de aplicación la regulación de Estatuto, pero también otras normas que, en determinados extremos, tienen un contenido diferente; C) Según la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2006, las Administraciones competentes determinan la duración de la jornada de los profesores de religión a la vista de las necesidades de cada centro cuando se inicia el curso escolar; D) Por tanto supone que la fijación de la jornada se puede efectuar sin acudir a las normas sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en el art. 41 del ET, puesto que, en realidad, no se trata de una modificación sustancial sino del cumplimiento de una característica de este tipo de contratos, cual es la variabilidad de la jornada en atención a las necesidades de los centros y de la especificidad de la disciplina impartida, que, como se desprende de la mencionada Disposición Adicional de la Ley Orgánica y del art. 4.2 del RD 696/07, es de oferta obligatoria para los centros escolares pero de carácter voluntaria para los alumnos, lo que implica que ese tipo peculiar de cambios y modificaciones se pueda producir por razón de la propia planificación educativa. La reducción de jornada y la proporcional reducción del salario de un contrato a tiempo completo no supone necesariamente que éste se transforme en un contrato a tiempo parcial (STS de 7 de octubre de 2011, R. 144/11, y las que en ella se citan). E) En definitiva, la adecuación anual a esos condicionantes, salvo situaciones de abuso de derecho o de vulneración de derechos fundamentales —y no concurre el más mínimo indicio de que éste pueda ser el caso— no entraña modificación sustancial alguna; y si no puede hablarse de modificación sustancial de condiciones porque éstas, aunque variables como siempre, no han cambiado, mal pueden haberse incumplido cualquiera de los requisitos (el periodo de consultas, por ejemplo) establecidos en el ET para tales supuestos.

3. La sentencia reitera la doctrina jurisprudencial en cuanto, partiendo de la sentencia de conflicto colectivo en la que se examina la naturaleza jurídica de la contratación de los

profesores de religión, a la vista de la normativa jurídica específica por la que se rigen, señala que el art. 4 del RD 696/2007 permite a la Administración educativa determinar a jornada de los profesores en cada curso escolar conforme a las necesidades del servicio, no existiendo por tanto una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y teniendo en cuenta que se trata de una relación de carácter «objetivamente especial», a la vista de la normativa aplicable.

B) Acuerdo de descuelgue. Modificaciones colectivas relacionadas con jornada, turnos y horarios

SAN de 21 de septiembre 2012 (número de procedimiento 240/2012), IL J 1228/2012.

1. Con fecha 11 de junio de 2012 la empresa Carrefour inició período de consultas con el comité intercentros con la finalidad de realizar modificaciones en el régimen de distribución horaria (jornada, turnos y horarios), que afectan tanto al acuerdo de línea de cajas, cuanto al acuerdo de 22 de diciembre de 2009, basadas en causas económicas y organizativas, levantándose acta. La empresa presentó un anexo, que refería tanto sus objetivos, cuanto su relación con las causas y un documento, denominado soporte de datos económicos, organizativos y de producción, que obran en autos y se tienen por reproducidos, que estuvieron a disposición de los representantes de los trabajadores durante todo el período de consultas. Posteriormente se llevaron a cabo nuevas reuniones. En la tercera reunión la empresa manifestó su intención de iniciar período de consultas, apoyado en este caso en el art. 82.3 ET, con la finalidad de descolgarse del art. 32.10 del convenio colectivo de Grandes almacenes. El 27 de junio de 2012 se celebró la cuarta reunión, en la que los sindicatos presentaron por escrito sus alternativas, levantándose acta. El 13 de julio de 2012 se celebró la siguiente reunión, en la que la empresa aportó un borrador de acuerdo. El 19 de julio de 2012 se celebró la última reunión, en la que la mayoría del comité intercentros aprobó el acuerdo. En dicho acuerdo se distingue entre la inaplicación parcial del art. 32.10 del convenio vigente, apoyada en el art. 82.3 ET, del resto de modificaciones, que se apoyaron en el procedimiento del art. 41 ET. El acuerdo final introdujo diversas modificaciones respecto a la propuesta inicial de la empresa, tales como la ampliación de la exclusión de trabajadores en los casos de concreción de jornada por aplicación del art. 44 del convenio y a los casos de violencia de género y víctimas del terrorismo; la no modificación de los turnos de vacaciones en 2012; la limitación en el número de días de horario partido; el período de distribución de horas liberadas; las limitaciones a la movilidad geográfica; el mantenimiento de los descansos de fin de semana largo y respeto a los descansos planificados para 2012 y enero-febrero de 2013 y la fijación de referencias horarias en turnos continuados y limitación de número de horas de trabajo al día. Se establecen, asimismo, reglas sobre polivalencia disponiendo que se aplicará la movilidad funcional y la polivalencia como regla general, previa y prioritariamente a todos los trabajadores, en función de las necesidades generales y las específicas puntuales de cada momento, sin limitaciones en cuanto a puesto y tiempo de dedicación; asimismo la polivalencia se aplicará fundamentalmente entre sectores comerciales (incluido *on-line* y gasolinera) y entre sectores comerciales y cajas, sin perjuicio de lo anterior, los especialistas, de productos frescos serán principalmente polivalentes entre sí. Previo al inicio de prestación de servicios en una nueva función o

puesto de trabajo, los trabajadores recibirán la formación y dotación de EPIs necesarios para dicha función o puesto.

2. Por la representaciones de los sindicatos se interesó la anulación y revocación del acuerdo, entre la empresa demandada y el Comité Intercentros, solicitando, de modo subsidiario, se anule y revoque la vigencia del acuerdo impugnado, estableciendo para todo el contenido de este una duración hasta la fecha en que en vigor el nuevo Convenio colectivo, asimismo solicitaron la revocación y anulación de las medidas acordadas sobre movilidad funcional, polivalencias, jornada y horarios y descanso semanal que se apartan de las previsiones convencionales y en concreto de los arts. 32.2, 10 y 11, así como el «ámbito de afectación», número 8 del apartado J «especialidades a aplicar en los horarios de trabajadores a tiempo parcial de la línea de cajas», número 6 párrafo segundo, de apartado quinto «entrada en vigor y procedimiento».

La sentencia de la Audiencia Nacional analiza los artículos 82.3 y 41 ET y destaca que se trata de dos procedimientos diferenciados, puesto que el procedimiento para la inaplicación de cláusulas convencionales estatutarias exige el acuerdo de la representación de los trabajadores o, caso de desacuerdo en el período de consultas, mediante los procedimientos citados: resolución de la comisión paritaria; procedimientos extrajudiciales regulados en los acuerdos interprofesionales y Comisión Consultiva Nacional de Convenios o el órgano autonómico correspondiente. Por el contrario, en los supuestos de modificación sustancial de condiciones disfrutadas por los trabajadores en virtud de acuerdos o pactos colectivos o disfrutados por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, no es necesario el acuerdo; «... ambas instituciones se asemejan en que la medida empresarial debe estar fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, debiendo seguirse un período de consultas, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, en el que ambos interlocutores deben negociar de buena fe». Este requisito comporta necesariamente que los representantes de los trabajadores dispongan de la información necesaria para asegurar que la negociación del período de consultas pueda llegar a buen fin, entendiéndose como tal que dicha negociación tenga la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados (STS de 30 de junio 2011, rec. 173/2010). «Coinciden también ambas instituciones en que si se alcanza acuerdo con los representantes de los trabajadores, se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el apartado 1 y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión, aunque se produce una diferencia sustancial, ya que los trabajadores, afectados individualmente por la modificación colectiva del art. 41.4 ET, pueden ejercitar la opción extintiva, prevista en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo citado, mientras que no podrán hacerlo los trabajadores afectados por la inaplicación del convenio». «Existen también diferencias en los efectos de una y otra institución, puesto que la modificación colectiva puede mantenerse indefinidamente, mientras que la inaplicación del convenio tiene como fecha límite la vigencia del convenio». Respecto a no seguir el procedimiento del art. 82.3 ET señala el solapamiento de ambos períodos de consultas no ha provocado indefensión alguna a los demandantes quienes tuvieron perfecto conocimiento del objeto de la inaplicación, de sus causas y razones esgrimidas por la em-

presa, habiéndose negociado efectivamente durante dicho período, que superó, incluso, el plazo máximo de negociación, acreditando, de este modo, que hubo voluntad de alcanzar acuerdo en todo momento. En lo que se refiere a la información y que no se negoció, ello nada se acredita por la empresa se anexó un documento en la primera reunión, que identificaba perfectamente objetivos de la modificación, así como sus causas, probándose, al tiempo, la aportación de soportes con datos económicos y organizativos, que estuvieron, en todo momento, a disposición de los negociadores del período de consultas, quienes ni los han impugnado, ni han aportado prueba alguna que permitiera constatar su falta de solvencia. Respecto a la inexistencia de la causa, «cuando el período de consultas concluye con acuerdo se presume la concurrencia de causa, lo que alivia a los demandados de la prueba sobre su concurrencia, correspondiendo a los demandantes acreditar que el acuerdo se alcanzó mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, lo que no ha sucedido aquí, puesto que no probaron, ni intentaron probar, que las causas económicas y organizativas, alegadas por la empresa y asumidas por la mayoría del comité intercentros, no se compadecieran con la realidad o se hubieran alcanzado en fraude de ley, dolo coacción o abuso de derecho». En lo que respecta al alegado trato peyorativo a los trabajadores a tiempo parcial, así como a los trabajadores con menos antigüedad, la Sala sostiene la no existencia de indicio alguno y no es irrazonable, por otra parte, que los trabajadores con mayor experiencia tengan ciertas prioridades en la distribución irregular de la jornada. Por último analiza el art. 15 del Convenio, en cuanto regula los trabajos de distinto grupo, remitiéndose al art. 39.4 ET, y tal precepto choca con el apartado c) del acuerdo al permite la movilidad funcional sin límite alguno, y es que el precepto estatutario exige que la movilidad fuera del grupo profesional lo sea cuando concurren razones técnicas u organizativas que lo justifiquen y por el tiempo imprescindible para su realización, debiendo el empresario comunicar su decisión y las razones de ésta a los representantes de los trabajadores. Por ello tal apartado debe ser anulado.

3. La Sala analiza el acuerdo suscrito partiendo de una negociación de buena fe y de extremos que son perfectamente negociables, ello unido a la presunción de la concurrencia de la causa al existir acuerdo entre las partes negociadoras, y por tal nada se prueba por los demandantes que se ha llevado a cabo mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, sin embargo respecto a la movilidad funcional sin límite esta entiende que al sobrepasar lo convenido colectivamente tal parte del acuerdo es nulo.

C) Conflicto colectivo. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo

SAN de 5 de noviembre 2012 (número de procedimiento 233/2012), IL J 1237/2012.

1. Los directivos de CA (269) venían teniendo un régimen retributivo denominado «HAY», que incorpora el denominado «salario global», que integra los conceptos salariales del convenio, más un complemento funcional, que retribuye la diferencia que pueda existir entre el salario global asignado y las cuantías percibidas en concepto de sueldo base, antigüedad y complementos personales, con expresa exclusión de los complementos funcionales que viniera percibiendo, cuya naturaleza jurídica es propia de un complemento funcional no consolidable, absorbible, y compensable con los incrementos a que tuviera derecho por aplicación de norma legal o pactada. La entidad bancaria convocó

a sus directivos para informarles el nuevo sistema retributivo denominado «HAY». 185 directivos suscribieron contratos novatorios individuales. El 2 de agosto de 2012 la empresa comunicó a los trabajadores la aprobación del modelo retributivo para el equipo directivo, al mismo tiempo les decía que quedaban sin efecto las cláusulas retributivas de carácter personal que pudieran tener reconocidas, toda vez que la retribución que se fija a partir de ese momento engloba cualquier otro concepto que pudiera venir percibiendo en virtud de situaciones anteriores. Los 301 directivos restantes continuaron percibiendo las retribuciones salariales previstas en el convenio, si bien se les aplicó a lo largo de 2012 el nuevo sistema retributivo, incluyéndose en sus nóminas el complemento funcional, que englobaba las diferencias entre el salario global, que se les adjudicó, una vez valorado sus puestos de trabajo conforme al método Hay y su salario base, antigüedad y complementos personales, manteniéndose los restantes complementos funcionales. De éstos, 147 vieron incrementada su retribución; 127 la mantuvieron idéntica y 27 han experimentado una merma o disminución en sus retribuciones.

2. El sindicato demandante entiende que el modelo retributivo-estructura salarial no se puede modificar sin seguir el procedimiento del art. 41 ET, a ello se opone la entidad bancaria manifestando no haberse producido modificación sustancial por haber modificado la estructura salarial del grupo directivo, pues se limita a generalizar un modelo de retribuciones basado en el método «Hay». La Sala de lo Social de la AN recuerda el contenido de lo que es carácter sustancial, esto es, aquellas decisiones empresariales que supongan un cambio en el régimen de las retribuciones, que afecte a su contenido esencial, en este caso, pues lo sustancial, como dice el diccionario de la Real Academia Española, es la parte esencial o más importante de algo. La sala, en primer lugar, examina si afectó a un grupo genérico de trabajadores y partiendo de los 709 directivos, valora que 269 llegaron a acuerdos individuales y del resto (301), 147 incrementaron sus retribuciones, una vez valorados sus puestos de trabajo, 127 mantuvieron las mismas retribuciones y solo a 27 se les redujeron sus retribuciones. Por consiguiente, el conflicto colectivo no afecta a un colectivo genérico de trabajadores, porque a la mayoría (269 procedentes de CA y 181 que novaron sus contratos de trabajo) no se les ha impuesto medida alguna por parte de la empresa, mientras que la mayoría de los demás han mantenido o mejorado sus retribuciones, lo cual sería suficiente para desestimar la demanda. Pero, además, llega a la conclusión a la luz de las retribuciones que perciben, pues la empresa «ha mantenido todos los conceptos salariales, regulados en el convenio, limitándose a introducir, en aplicación del método Hay, un complemento funcional, cuya naturaleza es propia de un complemento de puesto de trabajo, que engloba las diferencias entre el salario global, reconocido a cada directivo tras valorar su puesto de trabajo y su salario base, su antigüedad y sus complementos personales, manteniéndose los demás complementos funcionales, que disfrutaba cada uno de ellos, debemos concluir que no se ha producido alteración efectiva de la estructura del salario, puesto que el complemento funcional se subsume entre los complementos de puesto de trabajo, contemplados en el art. 40.b.2 del Convenio y engloba los suplementos del salario base, la antigüedad, así como los complementos personales, que no forman parte de la estructura salarial del convenio, tratándose, por tanto, de una simple reordenación de las retribuciones». La Sala, no obstante, y ante que 27 directivos perciben retribuciones inferiores, supone que no alcanzan el número de 30 para considerar, al amparo del art. 41.2 ET, el carácter colectivo, por lo que deberán hacer valer sus

derechos en procesos individuales al amparo del art 138 LRJS. En su consecuencia, se desestima la pretensión.

3. Ante la modificación de la estructura salarial, no se acredita por los demandantes que suponga un modificación de carácter sustancial, se trata de un reordenación de las retribuciones, pero al mismo tiempo, y como afecta en una minoración salarial a 27 trabajadores, en todo caso estaríamos para tales ante una modificación sustancial de carácter individual, por lo que deben acudir al proceso correspondiente individual.

D) Conflicto Colectivo. AENA. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo

STS de 16 de noviembre de 2012 (recurso de casación unificación de doctrina 236/2011), IL J 1241/2012.

1. El convenio Colectivo regulaba los turnos de trabajo de los controladores aéreos de AENA. El 6 de octubre de 2010 AENA remitió a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea un plan para asegurar la continuidad en el servicio de todas las unidades y permitir adaptar progresivamente os tiempos de actividad y descanso de los controles de tránsito aéreo. El 9 de marzo de 2011 se publicó en el ROE el Laudo arbitral, mediante el que se aprobó el II Convenio entre AENA y el colectivo de controladores aéreos. El 4 de mayo de 2011 se inició el período de consultas, a iniciativa de AENA, con el objetivo de modificar la distribución horaria del tiempo de trabajo y régimen de turnos de trabajo de los controladores aéreos, que prestaban servicios en puestos operativos. Se produjeron diversas reuniones, levantándose las correspondientes actas. En las reuniones AENA aportó informes, estadi- llos sobre impacto de las propuestas e incluso ofertó flexibilizar la propuesta, sin que tales propuestas se aceptaran por la USCA, quien como única propuesta daba el mantenimiento de los horarios. AENA finalmente remitió escrito con los nuevos horarios en diversas po- blaciones. El tránsito aéreo en periodo nocturno es muy inferior al tránsito diurno.

2. La sentencia del TS a través del recurso de casación interpuesto por el sindicato USCA analiza dos extremos, por un lado si se cumplió por la empresa el deber de negociar de buena fe, y por otro lado la causa organizativa de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

En lo que se refiere a la obligación de negociar de buena fe, después de recoger el contenido del art. 41.4 ET, señala la trascendencia que el Legislador quiere dar al período de consultas previo a la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, configurándolo no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva, entre la empresa y la representación legal de los trabaja- dores, tendente a conseguir un acuerdo que, en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe y recuerda el contenido de otras sentencias (30 de junio de 2011, rec. 173/10), que «aun cuando en el precepto legal no se impone un número mínimo de reuniones ni un contenido concreto de las mismas, habrá de estar- se a la efectiva posibilidad de que los representantes legales sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial, y puedan participar en la conformación de la misma,

aportando sus propuestas o mostrando su rechazo. Un proceso realmente negociador exige una dinámica de propuestas y contrapropuestas, con voluntad de diálogo y de llegar a un acuerdo, lo que obliga a la empresa, como beneficiaria de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de sus empleados e iniciadora del proceso, no sólo a exponer la características concretas de las modificaciones que pretende introducir, su necesidad y justificación, sino que también, en el marco de la obligación de negociar de buena fe, debe facilitar de manera efectiva a los representantes legales de los trabajadores la información y documentación necesaria, incumbiendo igualmente a la empresa la carga de la prueba de que —como acertadamente señala la resolución de instancia— ha mantenido tales negociaciones en forma hábil y suficiente para entender cumplimentados los requisitos expuestos, pues de no ser así, se declarará nula la decisión adoptada (artículo 138 de la Ley procesal laboral)». La empresa en el presente supuesto, durante el período de consultas, realiza, en la primera reunión del período de consultas, acompañando una memoria justificativa, así como un anexo adjunto, con dossier de documentación en el que precisaba cumplidamente en qué consistía la modificación de condiciones y las causas organizativas, productivas y económicas que la fundamentaban, ampliando posteriormente la documentación a propuesta de USCA, con la finalidad de evitar confusiones, ponderándose dicha documentación en reuniones posteriores, y así acreditó que negoció sus propuestas, ofertando incluso flexibilizar los horarios, lo que no se aceptó por el Sindicato, destacándose, en la resolución de instancia, que USCA no cuestionó, en ningún momento, la concurrencia de causas organizativas, productivas o económicas durante la negociación, limitándose a efectuar alegaciones en materia de prevención de riesgos laborales, así como a exigir que se mantuviera la situación precedente. Por tanto se entiende cumplido por la empresa la obligación de negociar de buena fe durante el periodo de consultas, pues proporcionó la información suficiente para asegurar una negociación efectiva, proponiendo alternativas que no se consideraron de contrario, mientras que la representación sindical no llevó a cabo propuestas útiles para alcanzar acuerdos, manteniendo en todo momento una postura maximalista que descartaba una voluntad negociadora real.

En lo que se refiere a la causa de fondo, esto es, los datos objetivos de la causa de la modificación (art. 41.1 ET), recuerda la Sala la distinta regulación de lo dispuesto en el art. 41.1 y lo dispuesto en el art. 51.1 ET. Así, señala que la modificación sustancial de condiciones de trabajo es una herramienta interna, que tiene por finalidad evitar o impedir que los empresarios recurran a la flexibilidad externa ante situaciones de crisis. La Sala reitera la doctrina en cuanto el alcance y contenido de las causas o razones justificativas de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: «La interpretación literal del precepto reproducido 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 o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo. Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas. Esta conclusión, que se desprende de la utilización del canon de la interpretación literal, se confirma mediante la comparación de lo que ordena el art. 41 del ET con lo que mandan los artículos 51 y 52.c del propio ET para el despido colectivo y para el despido objetivo por necesidades de la empresa. Estos preceptos sí

establecen una referencia mucho más estricta y limitada para considerar razonables las causas de estos dos supuestos legales de despidos económicos, imponiendo de manera expresa que las respectivas decisiones empresariales de despedir contribuyan a objetivos más exigentes; a saber, bien a “superar una situación económica negativa de la empresa” (art. 51, para las causas económicas en sentido estricto de los despidos colectivos), bien a “garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma” (art. 51, para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos colectivos), bien a la “superación de situaciones económicas negativas” (art. 52.c, para las causas económicas en sentido estricto de los despidos objetivos por necesidades de la empresa), bien a “superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa” (art. 52.c, para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos colectivos), bien a la “superación de situaciones económicas negativas” (art. 52.c, para las causas económicas en sentido estricto de los despidos objetivos por necesidades de la empresa), bien a “superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa” (art. 52.c, para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos objetivos por necesidades de la empresa)», para terminar razonando en el fundamento jurídico cuarto en el sentido de que: «La justificación del distinto alcance y contenido de las causas o razones justificativas de los despidos económicos y de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo desvelada por la interpretación literal y por la interpretación sistemática de los preceptos legales respectivos se pone de manifiesto también en la aplicación del canon de la interpretación finalista. La razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (“flexibilidad externa” o “adaptación de la plantilla”) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo (“flexibilidad interna” o “adaptación de condiciones de trabajo”). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la “libertad de empresa” y de la “defensa de la productividad” reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de “reestructuración de la plantilla”, la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la “libertad de empresa” y el “derecho al trabajo” de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional» (SSTS de 17 de mayo de 2005, rec. 2363/2004; de 16 de mayo de 2011, rec. 197/2010). Por tanto concluye la Sala que tal doctrina se encuentra acreditada pues, por un lado, el tránsito aéreo se concentra en el período diurno, reduciéndose sustancialmente por las noches, por lo que deviene razonable que la concentración de controladores en los turnos de mañana y tarde, reduciendo al propio tiempo, los que prestaban servicio en el turno de noche, mejore significativamente la organización de los recursos de AENA, permitiéndole adaptarse de forma más eficiente a los requerimientos de la demanda, y contribuyendo, en definitiva a prevenir una situación económica negativa; y por otro, que en todos los centros, afectados por la modificación, se han reducido significativamente los servicios nocturnos y las horas nocturnas, incrementándose sustancialmente las horas diurnas y reduciéndose globalmente el número de horas utilizadas para el desempeño a adecuado del servicio, lo que permitirá liberar un buen número de controladores, que en su consecuencia, podrán ocuparse de otros desempeños y por último se prueba la necesaria conexión —funcional o instrumental— entre la modi-

ficación de los horarios de los turnos de los controladores aéreos en determinados centros de trabajo y la mejora de la organización de los recursos empresariales, la idoneidad y razonabilidad de la decisión empresarial.

3. La Sala de lo Social del TS, como conclusión, efectúa un correcto análisis de la negociación de buena fe, exigencia del art. 41.4 ET, y, por otro lado, analiza la causa de la modificación sustancial, 41.1. ET poniéndola en relación con lo previsto para los despidos colectivos art. 51.1 ET, pero además se prueba la causa, menor tránsito aéreo nocturno, lo que explica los cambios empresariales que permiten una organización mas eficaz de los recursos para prevenir una situación económica negativa y probada la conexión funcional.

E) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Pacto extraestatutario

STS de 23 de octubre de 2012 (recurso de casación unificación doctrina 594/2012), IL J 1258/2012.

1. Comité de empresa y empresa pactaron un sistema de remuneración con vigencia durante un periodo, pacto que no fue registrado ni publicado, vencido el cual la empresa lo denuncia e inicia un nuevo procedimiento de modificación sustancial colectiva al amparo del art. 41 ET, y notifica posteriormente al Comité y cada uno de los trabajadores el nuevo sistema de remuneración.

2. A través del rcud. la Sala del TS conoce del recurso formalizado por la representación de los trabajadores y esta examina el valor del pacto de empresa, vencido y denunciado, esto es su naturaleza estatutaria o extraestatutaria, sin que se examine las causas, pues el único punto del recurso lo es el procedimiento seguido, en esencia si exigía un acuerdo entre empresa y representación de los trabajadores por entenderse estatutario. La Sala recuerda la doctrina sobre el pacto extraestatutario y destaca que «estos pactos, denominados también atípicos o de eficacia limitada, son los celebrados al margen de los requisitos y formalidades del Título III del Estatuto de los Trabajadores, que no están apoyados en nuestro ordenamiento positivo en una normativa propia, aunque cuentan con el reconocimiento que les otorga el artículo 37.1 de la Constitución y la fuerza obligacional propia de los contratos, si bien en este aspecto se diferencian de manera nítida de los convenios colectivos, que están dotados de eficacia general o *erga omnes*, no solamente respecto de todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación en el momento de la suscripción del pacto, sino también de cuantos accedan al mismo durante el tiempo de su vigencia, en tanto que los pactos atípicos no se aplican con la intensidad prevista en el artículo 82.3 de la ley estatutaria, de manera que carecen de eficacia *erga omnes*; su campo de influencia se reduce, como declaran las sentencias de esta Sala de 22 de enero de 1994, 24 de enero de 1997 y 16 de mayo de 2002, a quienes negociaron el pacto y al personal representado por ellos, esto es, a las representaciones sindicales y empresariales pactantes y a sus afiliados, aunque con la posibilidad de que, mediante adhesiones individuales, su ámbito subjetivo pueda resultar ampliado» (SSTS de 1 de junio de 2007, rec. 71/06; de 9 de marzo de 2011, rec. 118/10), y, continúan: «Es cierto que el convenio colectivo, regulado en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, conocido como convenio estatutario, no es en nuestro Derecho la única forma de regulación de las relaciones. Se reconoce igualmente

la eficacia de los pactos acordados entre empresa y representantes de los trabajadores que no cumplen los requisitos establecidos para los convenios estatutarios, habiendo acuerdo en estimar que la eficacia obligatoria de estos últimos, al igual que los contratos, deriva del reconocimiento de la eficacia de la voluntad plasmada en los art. 1254a 1259 del Código civil». «Lógica consecuencia de esa diferente naturaleza jurídica de los convenios colectivos y los pactos extraestatutarios es, además de la exigencia de diferentes requisitos para la validez de uno y otro, la diferencia de efectos de una y otra forma de regulación de las relaciones. Los convenios colectivos tienen eficacia general para todos los comprendidos en su campo de aplicación, hayan o no estado efectivamente representados en su negociación y acuerdo y sigue teniendo eficacia el contenido normativo una vez concluida la duración pactada (art. 86.3 ET), mientras que los pactos extraestatutarios únicamente surten efecto entre quienes los concertaron y carecen en general de efectos más allá de las fechas pactadas (SS. 14 diciembre 1996 rec. 3063/1995 y 25 enero 1999 rec. 1584/1998)». «Estas diferencias han sido tomadas en consideración por el legislador al disciplinar los medios de modificación sustancial de las condiciones del contrato, en la nueva regulación del ET, que vino a suprimir la solución heterónoma existente en la legislación anterior, estableciendo, en el art. 41.2, que la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto sólo podrá producirse de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto a las materias que autoriza. Mientras que la modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, derivadas de cualquier otra fuente diferente del convenio estatutario, puede ser acordada por el empresario, una vez finalizado el período de consultas que establece el art. 41.4».

Por tanto, en el presente supuesto estamos ante un convenio que no ha sido registrado y publicado y que no es de los regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, únicos para cuya modificación requiere el artículo 41-2 del ET el acuerdo, es por ello que la modificación operada en el sistema retributivo por la empresa no requería que las consultas terminasen con acuerdo con la parte social.

3. La Sala de lo Social examina la naturaleza del pacto suscrito sobre remuneración el cual, vencido, es denunciado por la empresa y acude a las previsiones del art. 41 sin necesidad de acuerdo. Pues bien, siendo que el pacto no se encuentra registrado ni publicado, esto es, no cumplió los requisitos del Título III del ET, delimita que este tiene su naturaleza extraestatutaria, por lo que obró correctamente la empresa no necesitando las exigencias formales del art. 41.6 ET en cuanto a la exigencia de acuerdo, sino solo las consultas previstas en el art. 41.4 ET.

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

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO.
 - A) **Causas de extinción contractual.**
 3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN.
 4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS.
 - A) **Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Art. 52.c) ET.**
 5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO.
 - A) **La caducidad de la acción.**
 6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA.
 7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA.
 - A) **Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia.**
 - B) **La indemnización: cuantía y cálculo.**
 - C) **Derecho de opción.**
 8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD.
 - A) **Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la revista *Información Laboral*, números 10 a 12 del año 2012.

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas

otras, más específicas, concernientes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de consideración —con mayor o menor profusión o intensidad— en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La STS de 20 de julio de 2012, IL J 1049 (rcud. n.º 1601/2011), razona cómo ante un supuesto de extinción contractual por voluntad del trabajador ante el impago de salarios no es aplicable la exigencia de que el trabajador continúe prestando servicios hasta la fecha de emisión de la sentencia. En estos supuestos es posible conceder al trabajador la posibilidad de dejar de prestar servicios a la vez que ejercita la acción resolutoria, asumiendo el riesgo del resultado del proceso de extinción.

La Sala justifica el fallo: «En el ámbito laboral la exigencia, salvo excepciones, de la declaración judicial ha operado en la práctica como un mecanismo de seguridad para evitar que en los casos en que el trabajador da por extinguido el contrato, instando el reconocimiento de la indemnización, y la sentencia no le fuese favorable, no se produzca la pérdida del empleo como consecuencia del “abandono” del puesto de trabajo. De ahí la exigencia de una resolución judicial que al mismo tiempo se acompaña de un régimen de excepciones. Pero la propia doctrina de la Sala ha señalado en ocasiones que ésta puede ser una solución demasiado rígida para la protección de los intereses del trabajador que el art. 50 del ET tutela. En este sentido tiene especial interés la sentencia de 3 de junio de 1988. En ella se resuelve sobre un caso en el que en un pleito previo sobre la resolución del contrato la sentencia favorable a la resolución había sido recurrida por la empresa, dejando el trabajador de prestar servicios, por lo que fue despedido, pese a que la sentencia final en el proceso de resolución del contrato confirmó el fallo de instancia favorable al trabajador. El despido se deja sin efecto y la sentencia razona que “la falta de prestación de servicios durante la sustanciación del recurso contra la sentencia que, estimando la pretensión del trabajador, declarara la resolución indemnizada de su contrato de trabajo, sólo podría ser eventualmente ponderada en el supuesto de estimación del recurso, *correspondiendo a la esfera de decisión del trabajador la asunción de tal posible riesgo*”. Esta solución con determinadas correcciones se recoge hoy en el art. 303.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que reconoce al trabajador que ha obtenido sentencia favorable en un pleito de resolución del contrato la posibilidad de optar entre continuar prestando servicios o dejar de hacerlo con las consecuencias que el precepto establece. Pues bien, esta norma no es aplicable aquí tanto por razones de vigencia temporal, como por las diferencias en el supuesto de hecho; precepto que se completa con la previsión que contiene el art. 79.7 en materia de medidas cautelares. Todo ello confirma la necesidad de introducir una mayor flexibilidad en estos supuestos en la línea de nuestra sentencia de 3 de junio de 1988, de

forma que no se obligue al trabajador a mantener unas condiciones de trabajo que, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, pueden implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales. De ahí que haya de concederse al trabajador la posibilidad en estos casos de optar entre ejercitar la acción resolutoria y continuar prestando servicios en cuyo caso se estará en el marco de la resolución judicial o dejar de prestar servicios al tiempo que se ejercita la acción, asumiendo en este caso el riesgo del resultado del proceso en los términos a que se ha hecho referencia. En este sentido y en virtud de lo razonado ha de revisarse la doctrina anterior de la Sala a que se ha hecho referencia. Procede, por tanto, la desestimación del recurso».

De otro lado, la **STS de 24 de septiembre de 2012**, IL J 1124 (rcud. n.º 4350/2011), y la **STS de 27 de septiembre de 2012**, IL J 1269 (rcud. n.º 3835/2011), al analizar la extinción contractual por supresión del puesto de trabajo, determinan la necesidad de la extinción del contrato de trabajo por escrito e individualizado el trabajador, no siendo válida la comunicación de la extinción al trabajador por intranet o la comunicación a los representantes de los trabajadores.

A tal efecto las Salas determinan: «La solución con arreglo a derecho de la cuestión controvertida es la contenida en la sentencia recurrida, por lo que el recurso debe ser desestimado. El artículo 49.1.c) ET contempla como requisito de la extinción de los contratos de trabajo de duración determinada la «denuncia» de estos. El artículo 8.1 del RD 2720/1998 establece con más claridad, en el capítulo que contiene las *«disposiciones comunes»* a los distintos contratos de trabajo temporales que *«[l]os contratos de duración determinada se extinguirán, previa denuncia de cualquiera de las partes»*. El término denuncia significa, en la teoría general de las obligaciones y contratos, el acto de comunicación o puesta en conocimiento por una parte contratante a la otra de la existencia de una causa de extinción (o modificación) de la situación contractual; causa de extinción (o modificación) que, en el propósito de la parte denunciante, justificaría el ejercicio de un derecho potestativo o de configuración jurídica; en el caso, la extinción del contrato de interinidad por el acuerdo empresarial de supresión del puesto de trabajo desempeñado por el trabajador. Pues bien, como señala de manera inequívoca y como «hecho conforme» la sentencia recurrida (fundamento jurídico 3.º, párrafo 3.º), tal denuncia o comunicación del empleador al trabajador no se ha producido en el caso. Es cierto que ni la Ley del Estatuto de los Trabajadores ni el Reglamento citado que regula los contratos de duración determinada exigen forma escrita para la comunicación o denuncia del cese de los contratos temporales. Pero no es menos verdad que, salvo que se acepte la ineficacia total de este requisito del acuerdo de extinción del contrato temporal, la denuncia o comunicación se ha de producir por escrito o por cualesquiera otros medios posibles, debiendo en todo caso tener la cualidad de denuncia individualizada al trabajador contratado en cuanto parte o sujeto del contrato de trabajo interino. Esta comunicación o denuncia individualizada no puede ser sustituida por la transmisión de la noticia a través de otros canales informativos como la comunicación genérica en el intranet o en la página web de la empresa, o la notificación a los representantes de los trabajadores, o la constancia de la decisión de supresión en un convenio o acuerdo colectivo. La exigencia de denuncia individualizada de la terminación del contrato de interinidad por supresión del puesto de trabajo resulta, por otra parte, plenamente conforme con el deber de buena fe y de atención a los intereses de la otra parte que ha de inspirar la conducta de empresarios y trabajadores

en la conclusión y en la ejecución del contrato de trabajo. Cuarto.—La conclusión del razonamiento es que el recurso debe ser desestimado».

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

La **STSJ de Extremadura de 19 de julio de 2012**, IL J 1174 (recurso n.º 271/2012), desestima el recurso y delimita el alcance de los motivos de oposición a la demanda de despido. Únicamente se admiten en juicio los contenidos en la comunicación escrita del despido. La mera discrepancia en la valoración de los elementos de convicción no puede considerarse como un supuesto de indefensión.

La Sala falla: «Por ello, la mera discrepancia en la valoración de los elementos de convicción no puede considerarse como un supuesto de indefensión. La doctrina constitucional (STC 44/1989, de 20 de febrero) tiene señalado, por ser facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Y esta libertad del órgano judicial para la libre valoración de la prueba, implica, como también señala la misma doctrina (STC 175/1985, de 17 de diciembre) que pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas. Ahora bien, el Juez o Tribunal de instancia es soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que su libre apreciación sea razonada, exigencia que ha puesto de manifiesto la propia doctrina constitucional (STC 24/1990, de 15 de febrero), lo cual quiere decir que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones de hecho, a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el órgano Judicial. Ello nos lleva a la otra alegación del recurrente, la falta de motivación de la declaración que realiza el juzgador respecto a la conducta del demandante. Al respecto, nos dice la STS 10 de julio 2000, citada por la de esta Sala de 22 de junio de 2006: que “Esta necesidad de motivación fáctica no es solamente una exigencia de la legislación orgánica u ordinaria, sino también de la Constitucional (‘las sentencias serán siempre motivadas’, según el art. 120.3 CE) en cuanto, como afirma el Tribunal Constitucional (STC 14/1991, de 28 de enero), debe reconocerse ‘el derecho del justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales, y, debe tutelarse por tanto, el enlace de las mismas con la ley y el sistema general de las fuentes de que son aplicación’. Ello es consecuencia necesaria de la propia función judicial y de su vinculación a la ley, y el derecho constitucional del justiciable a exigirlo encuentra su fundamento en que el conocimiento de las razones, que conducen al órgano judicial a adoptar sus decisiones, constituye instrumento necesario para contrastar su razonabilidad a los efectos de ejercitar los recursos judiciales que procedan”». Pero, también nos dice la STS 25 de enero de 2001 que «Para la observancia del precepto no es necesario exponer un discurso minucioso y exhaustivo aplicado a todas y cada una de las pruebas concretas que se hayan practicado, siendo bastante a este propósito con manifestar que por la Sala se ha efectuado un examen conjunto y ponderado de la prueba documental practicada a instancia de todas las partes».

A la cuarta de las causas motivadoras de un despido disciplinario, consistente en la **transgresión de la buena fe contractual** [art. 54.2.d) ET], se refiere expresamente la

STSJ de Galicia de 13 de julio de 2012, IL J 1196 (recurso 1835/2012). Declara la procedencia de un despido disciplinario basada en la realización de una gira musical estando en situación de baja laboral.

La Sala, respecto a la transgresión de la buena fe contractual expone: «De acuerdo con la doctrina de esta Sala, que afirma que: 1.º “no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad temporal es sancionable con el despido, sino sólo aquella que, a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa (STS de 22 de septiembre de 1988 [RJ 1988, 7095]), siendo obligado valorar las circunstancias especiales concurrentes en cada supuesto, llevando a cabo a tal fin un examen individualizador de la conducta del trabajador, lo que con mayor razón es exigible en aquellos supuestos que se asientan sobre situaciones de incapacidad física o enfermedad, que cobran una configuración casuística y particularizada derivada de la sustancial y diferenciada individualidad del sujeto que en cada caso resulta afectado (STS de 18 de julio de 1990 [RJ 1990, 6423])” (sentencia de 28 de octubre de 2005 [rec. núm. 4274/05]); y 2.º “si la enfermedad del trabajador está protegida aunque esta protección conlleva quebranto económico y de organización en la empresa, precisamente por ello la situación de IT impone un leal comportamiento en el operario, absteniéndose de bajas innecesarias y cooperando activamente a su curación, e forma que el no hacerlo así integra falta grave (...) si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea en interés ajeno o propio, sobre todo si se tiene en cuenta que su forzada inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social, a las que perjudica, incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato constitutiva del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido (...), de forma que el trabajo en situación de baja constituye una transgresión de la buena fe no sólo respecto al patrono, sino con respecto a todo el colectivo trabajador que sufraga una incapacidad laboral transitoria que el trabajador transforma en lucro individual (...), porque si el actor realizó tales actividades, es claro que también podía haberse reincorporado a su trabajo habitual (...) E igualmente se indica que la sanción del despido se impone con independencia de que el trabajo efectuado —por quien se encuentra en IT— sea o no remunerado (...) De todas formas, ya con mayor flexibilidad se ha indicado que tratándose de actividades realizadas en situación de IT sólo puede señalarse como criterio general relevante la determinación de si la actividad desarrollada perturba o demora la curación del trabajador o su futura aptitud laboral (...), porque las circunstancias concurrentes cobran una configuración casuística y particularizada derivada de la sustancial y diferenciada individualidad del sujeto que en cada caso resulta afectado (...) Y que no toda actividad desarrollada durante la situación de IT puede calificarse como conducta desleal sancionable con el despido, sino sólo aquella que, dotada de suficiente gravedad e intencionalidad, y a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa» (sentencia de 29 de septiembre de 2005 [rec. núm. 3812/2005]). Conforme a dicha doctrina, decimos, para determinar si ha existi-

do o no transgresión de la buena fe contractual debe prestarse atención, en primer lugar, a si las actividades realizadas por el trabajador demostraban aptitud para su trabajo habitual como operario-auxiliar de producción (realizando tareas de carretillero) o eran incompatibles con la enfermedad determinante de la baja médica. Y en este caso, a juicio de este Tribunal, la actividad consistente en dar conciertos de rock desplazándose cientos de kilómetros entre ciudades demuestra de manera palmaria que el actor se encontraba en condiciones (plenamente apto) de llevar a cabo su labor profesional, resultando en cualquier caso la labor como cantante de grupo de rock totalmente incompatible con dolencias que afectan a casi la totalidad de la columna. En suma, la actividad realizada por el actor durante la situación de baja presenta relevancia suficiente como para entender que la misma demuestra que se encontraba en condiciones de llevar a cabo las labores propias de su profesión habitual, siendo en cualquier caso incompatible con las dolencias que dieron lugar a la baja médica. Así, aplicando tal doctrina al caso de autos, hemos de llegar a la conclusión de que el despido del actor es procedente, puesto que, por un lado, éste llevó a cabo actividades en período de incapacidad temporal, como así ha quedado probado, y, por otro lado, tales actividades demuestran que el actor podía llevar a cabo su profesión (se trataba además de actividades que, además de requerir importante esfuerzo físico, podían incluso agravar las dolencias que padecía el actor), resultando en cualquier caso incompatibles con dolencias que afectan a la columna vertebral, con lo cual se están quebrantando de forma grave y culpable los deberes de buena fe y diligencia, a los que se refiere el artículo 5.a) del Estatuto de los Trabajadores. Todo lo expuesto evidencia, en fin, que la transgresión de la buena fe que se le imputa al trabajador ha supuesto aquí una violación trascendente de sus deberes de conducta (de buena fe del art. 5.a ET), debiendo calificar como legítima la actuación del empresario, resultando acorde con el ordenamiento que estima como infringido. Así, concluimos que la decisión del empleador de dar por extinguida la relación laboral que lo unía con el demandante es ajustada a derecho, ya que los hechos imputados en la carta de despido se encuentran configurados por las notas de gravedad y culpabilidad con la entidad necesaria para ser subsumidos dentro del campo punitivo laboral con tipificación específica en los preceptos legales que quedan invocados, guardando la sanción impuesta por el empresario la debida proporcionalidad con relación a los incumplimientos imputados en la carta de despido, ya que tales hechos denotan, abstractamente considerados, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente».

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 **STS de 19 de septiembre de 2012**, IL J 1038 (rcud. n.º 2911/2011), ante un supuesto de extinción contractual por causas objetivas, analiza el requisito indemnizatorio y determina que cuando la extinción contractual sea declarada procedente, debe condenar al pago de las diferencias entre la indemnización percibida por el trabajador y la que debió percibir.

La Sala falla: «El tercer y último motivo se dirige contra la decisión —por omisión— de la sentencia recurrida de, tras revocar la declaración de improcedencia del despido de

la sentencia de instancia y declarar el despido procedente, y tras aceptar y confirmar el hecho probado cuarto de la sentencia de instancia, que establece como salario mensual a efectos de indemnización por despido el de 1.193,95 euros mensuales, no condena a la empresa al abono de la diferencia entre la indemnización abonada y la debida percibir de acuerdo con ese salario». Como sentencia de contraste se invoca la de esta Sala Cuarta del TS de 23/10/2008 (rcud. 5456/2005) que, resolviendo un supuesto sustancialmente igual al de autos, afirma: «La tesis correcta es la de la sentencia de contraste de Madrid de 28-10-2003, dado los términos del art. 123-1 LPL que impone necesariamente, que la sentencia cuando fuese procedente la decisión del empresario de extinguir el contrato de trabajo, se condene al mismo a satisfacer al trabajador las diferencias que puedan existir, tanto entre la indemnización que ya hubiere percibido y la que legalmente le corresponda, como la relativa a los salarios del periodo de preaviso, cuando éste no se hubiera cumplido, sin que sea de aplicación al caso de autos el art. 109 de la LPL, que se refiere al despido disciplinario procedente; siendo esto así, si la sentencia recurrida, al desestimar el recurso de suplicación del actor, contra la sentencia de instancia, que había convalidado la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, rectificó por vía de revisión fáctica el salario regulador para el cálculo de la indemnización a percibir, la Sala estaba obligada en la sentencia a rectificar el montante de la indemnización, lo que no hizo tampoco por vía del auto de aclaración, pese a reconocer su error, invocando el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales, sin que sea admisible obligar al recurrente a acudir a otro proceso para obtener la satisfacción de su derecho. La tesis correcta es la de la sentencia de contraste y, por ello, este tercer motivo del recurso debe ser estimado».

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

La **STS de 15 de octubre de 2012**, IL J 1113 (rcud. n.º 3124/2011), analiza la caducidad de la acción, reiterando su propia Doctrina, ante un supuesto de contratos obra determinada, y delimita temporalmente el *dies a quo* para el cómputo. Se computa la caducidad desde el día del cese efectivo en el trabajo y no desde el día en que el trabajador dice que conoció que se adjudicaba de nuevo la contrata.

A tal efecto la Sala determina en su FJ 3.º: «Antes de abordar la cuestión planteada, fijar cual es el “dies a quo” para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido, conviene recordar nuestra doctrina, sobre la extinción de los contratos para obra determinada consistente en la ejecución de una contrata, sentada en nuestras sentencias de Sala General de 17 y 18 de junio de 2008 (Rcud. 4426/2006 y 1669/2007) y reiterada, entre otras, en las sentencias de 23 de septiembre de 2008 (Rcud. 2126/2007) y 14 de junio de 2010 (Rcud. 361/2009). En la primera de las citadas dijimos: “De las disposiciones, antes citadas, que regulan el contrato de trabajo que nos ocupa, se desprende que nos encontramos ante un contrato temporal cuya duración depende del cumplimiento de un plazo que normalmente es indeterminado, lo que supone que al tiempo de firmarse el contrato se sabe que es de duración determinada, pero se ignora cuando se extinguirá, pues ello dependerá de la ejecución del encargo recibido de un tercero y de la voluntad de este, de si decide

mantener o renovar su encargo. Conviene insistir en que estamos ante un contrato temporal en el que la duración depende del vencimiento de un plazo, la ejecución de la obra o servicio, y no ante un contrato sujeto a condición resolutoria porque, cual se deriva del artículo 1.125 del Código Civil, cuando el hecho futuro del que depende la subsistencia del contrato es cierto, aunque no se sepa cuando llegará, estamos ante un plazo (resolutorio), mientras que si es incierta la producción del hecho que extinguirá el contrato nos encontraremos ante una condición (resolutoria). Que el artículo 15-1-a) del ET establece un contrato sujeto a plazo resolutorio lo evidencia el que regule un contrato sujeto a un límite temporal cierto, aunque sea incierta su duración concreta. Y lo corrobora el hecho de que tal contratación temporal sólo se autorice en atención a que la empresa contratante necesita temporalmente de trabajadores para atender una actividad concreta, determinada y con autonomía y sustantividad propias, razón por la que se vincula la duración del contrato a la subsistencia de la necesidad que se atiende con él. Por ello, cuando la contrata o concesión que lo motiva se nova, renueva o es sustituida por otra posterior en la que el objeto sigue siendo el mismo, el contrato de trabajo no se extingue por no haber transcurrido el plazo pactado para su duración: la ejecución de la obra que lo motiva y la consiguiente desaparición de la necesidad temporal de mano de obra que requiere la ejecución de la ‘obra o servicio’ que la empleadora se comprometió a realizar, objetivo que es el que, legalmente, autoriza una contratación temporal que en otro caso no sería acorde con la norma. Así pues, en la modalidad contractual estudiada cabe que se pacte un plazo resolutorio determinado o indeterminado, según las circunstancias de la obra o servicio a ejecutar o de la concesión obtenida, aunque la mayoría de las veces será difícil determinar la fecha exacta de la extinción. Pero lo que no será posible es que el contrato determine ese plazo resolutorio en contra de la naturaleza de ese contrato y del objetivo perseguido por la ley al admitirlo: cubrir una necesidad temporal de mano de obra que tiene una empresa para ejecutar una obra o servicio temporalmente, en el sentido amplio que tiene esta expresión. 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 de este continua, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface. Por todo ello, procede, estimar el recurso y cambiar la doctrina de la Sala que aplica la sentencia recurrida”».

De otro lado, la **STS de 24 de octubre de 2012**, IL J 1256 (rcud. n.º 4121/2011), reitera su propia doctrina sobre el ejercicio de caducidad de la acción, fallando su inexistencia, ante un supuesto de información incorrecta en la notificación del despido por la Administración demandada: despido verbal. A tal efecto delimita si pueden redundar en perjuicio del trabajador las inexactitudes u omisiones que contenga la comunicación de la decisión de despido efectuada por la Administración pública empleadora, en especial respecto al transcurso del plazo de caducidad.

Para ello, la Sala, en su FJ tercero, alega: «La cuestión planteada ya ha sido resuelta por esta Sala, —en concordancia con la jurisprudencia constitucional—, entre otras en las SSTS/IV 12-abril-2011 (rcud. 1111/2010), 7-octubre-2011 (rcud. 530/2011), 28-noviembre-2011 (rcud. 846/2011) y 13-junio-2012 (rcud. 2180/2011), argumentándose en la primera de ellas que “La doctrina unificada (entre otras STS de 17/09/2009 —rec. 4089/08—, que reitera la STS de 17/12/2004 —rec. 6005/2003—) ha dado respuesta a cuestiones como la que se plantea en este procedimiento y así se advierte en la sentencia de contraste,

que, refiriéndose a la doctrina constitucional, sentencias del alto Tribunal 193 y 194/1992 y 214/2002, han establecido, recuerda ‘que las normas sobre la incidencia de la reclamación previa sobre la caducidad de la acción han de interpretarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que respeten las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24 de la Constitución’. Así estas sentencias señalan que, aunque ‘los mandatos del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores son Derecho necesario’, también ‘lo son aquellos preceptos de la Ley de Procedimiento Administración —hoy el artículo 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común— que se refieren a los efectos de las notificaciones administrativas defectuosas’, ‘cuya aplicación hubiera supuesto la admisión de la demanda planteada ante el Juzgado de lo Social’. Por otra parte, se afirma que ‘la prevalencia concedida al artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores supone que de hecho la Administración ha venido a beneficiarse de sus propias irregularidades, al haber inducido a los hoy demandantes a error, y a actuar dentro de un plazo que, posteriormente, la misma Administración consideró inaplicable’. Por ello, ‘no puede calificarse de razonable una interpretación que prima los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales (STC 204/1987)’. Por el contrario, ‘resulta razonable estimar que el artículo 79.3 Ley de Procedimiento Administrativo —hoy artículo 58.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común— era aplicable al presente supuesto, de manera que la notificación, aun errónea, debió surtir efectos al interponerse la correspondiente demanda, que, por ello, quedaba dentro del plazo legalmente señalado”, así como que “Igual doctrina ante supuestos similares es la seguida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal, entre otras, en Sentencias de 16 de junio 1992 (Recurso 7780/1990, 6 de febrero de 1995 (Recurso 2595/1992) y 11 de diciembre de 1995 (Recurso 2472/1992)” y añadiendo que “Ha de valorarse en adición, como asimismo señala la sentencia de contraste (STS de 17/03/2003 —rec. 760/2002—) que ‘la caducidad es institución que pretende reforzar la seguridad jurídica de quien habría de sufrir las consecuencias del éxito de la acción ejercitada. Y resultaría no ya desproporcionado, sino altamente contrario a los principios de justicia distributiva, robustecer la posición, ya de por sí favorable, que la Ley dispensa a la Administración en el proceso, al exigirse la reclamación previa para demandarla, otorgándole un plus nacido, precisamente, de su mal cumplimiento de las obligaciones de orden público que le impone el Ordenamiento Jurídico, aunque no conste que esa defectuosa información fuera intencionada”’».

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La **STS de 19 de septiembre de 2012**, IL J 1038 (rcud. n.º 2911/2011), ante un supuesto de extinción contractual procedente, determina la condena al pago de las diferencias entre la indemnización percibida por el trabajador y la que debió percibir.

La Sala falla: «El tercer y último motivo se dirige contra la decisión —por omisión— de la sentencia recurrida de, tras revocar la declaración de improcedencia del despido de la sentencia de instancia y declarar el despido procedente, y tras aceptar y confirmar el hecho probado cuarto de la sentencia de instancia, que establece como salario mensual

a efectos de indemnización por despido el de 1.193,95 euros mensuales, no condena a la empresa al abono de la diferencia entre la indemnización abonada y la debida percibir de acuerdo con ese salario. Como sentencia de contraste se invoca la de esta Sala Cuarta del TS de 23/10/2008 (rcud. 5456/2005) que, resolviendo un supuesto sustancialmente igual al de autos, afirma: “La tesis correcta es la de la sentencia de contraste de Madrid de 28-10-2003, dado los términos del art. 123-1 LPL que impone necesariamente, que la sentencia cuando fuese procedente la decisión del empresario de extinguir el contrato de trabajo, se condene al mismo a satisfacer al trabajador las diferencias que puedan existir, tanto entre la indemnización que ya hubiere percibido y la que legalmente le corresponda, como la relativa a los salarios del periodo de preaviso, cuando esto no se hubiera cumplido, sin que sea de aplicación al caso de autos el art. 109 de la LPL, que se refiere al despido disciplinario procedente; siendo esto así, si la sentencia recurrida, al desestimar el recurso de duplicación del actor, contra la sentencia de instancia, que había convalidado la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, rectificó por vía de revisión fáctica el salario regulador para el cálculo de la indemnización a percibir, la Sala estaba obligada en la sentencia a rectificar el montante de la indemnización, lo que no hizo tampoco por vía del auto de aclaración, pese a reconocer su error, invocando el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales, sin que sea admisible obligar al recurrente a acudir a otro proceso para obtener la satisfacción de su derecho. La tesis correcta es la de la sentencia de contraste y, por ello, este tercer motivo del recurso debe ser estimado».

En sentido idéntico fallan las **SSTS de 17 de septiembre de 2012**, IL J 1115 y 1116 (rcud. n.º 578/2012 y 592/2012), respectivamente. Ambas declaran la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas (económicas) basada en las cuantiosas pérdidas durante tres años consecutivos que impiden el buen funcionamiento de la empresa, pese a que cuando se produce el ejercicio siguiente ya hay la perspectiva de beneficios netos, si ello atiende a un elaborado plan de viabilidad.

Para ello, las Salas, en su FJ tercero, alegan: «No cabe pasar por alto —como se razona en la sentencia recurrida— que la amortización del puesto de trabajo del actor no fue sino una medida más de las contempladas en el plan de viabilidad redactado en 01/10/09 tras la correspondiente auditoría y con el que —efectivamente— se produjo la deseada mejora en las perspectivas económico-financieras de la mercantil demandada. Y no se nos oculta la artificiosidad que supondría que en la aplicación de un determinado plan, cuya ejecución contempla una pluralidad de medidas de aplicación paulatina, en esa puesta en práctica escalonada de las medidas individualizadas pudiera mantenerse que en un momento determinado pierdan algunas de ellas su justificación legal —que no empresarial—, por el mero hecho de que las medidas ya acometidas hubiesen demostrado su eficacia y con ellas se hubiese alcanzado la desaparición —prevista o real— del saldo negativo en el correspondiente ejercicio, de forma que todas aquellas otras medidas pendientes de ejecución dejen ya de estar legitimadas por la causa —económica— original. b) Aparte de que ello sería tanto como identificar la “situación económica” de la empresa con el resultado —pérdidas o ganancias— que se haya producido en un sólo ejercicio, con olvido de que aquél es un concepto mucho más amplio e inidentificable con un determinado ejercicio, tanto para determinar la existencia de situación económica negativa [hemos mantenido con reiteración que las pérdidas han de ser continuadas, que no esporádicas], cuanto —por pura coherencia— para entender superada la crisis económica. Pues bien, por lo que se refiere

al caso ahora examinado, no parece razonable sostener que la empresa demandada hubiese superado la situación económica negativa en Mayo/05, sólo por el hecho de que el balance de ese ejercicio fuese previsiblemente positivo [en algo más de 50.000 €], siendo así que los niveles de producción alcanzados por la empresa [más de 11.000.000 €] necesariamente comportan un inmovilizado de tal entidad que los beneficios correspondientes al referido ejercicio 2010 [finalmente resultaron ser de 59.000 €] no puede calificarse como significativos en el seno de la crisis padecida por la demandada, con pérdidas de 1.000.000 € en los tres precedentes ejercicios. Y sin que la parte recurrente haya ni tan siquiera pretendido que esos tres ejercicios con pérdidas pudieran de alguna manera enjugarse con beneficios obtenidos en los ejercicios económicos anteriores a 2006, de forma que entonces —y sólo entonces— no sería mantenible la existencia de la situación negativa que se ha presentado como justificativa del cese del actor. Ello sin contar con que no deja de sorprender la pasividad argumental de la propia empresa, que ni siquiera ha efectuado alusión alguna a tales extremos en trámite de Suplicación [en casación no se ha personado, inexplicablemente], aun a pesar de que en autos obra alguna prueba sobre tal extremo; prueba que —lógicamente— la Sala ni tan siquiera ha considerado ni puede hacerlo».

La STSJ de Galicia de 13 de julio de 2012, IL J 1196 (recurso 1835/2012) declara la procedencia de un despido disciplinario basada en la realización de una gira musical estando en situación de baja laboral.

La Sala, respecto a la transgresión de la buena fe contractual, expone: «De acuerdo con la doctrina de esta Sala, que afirma que: 1.º «no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad temporal es sancionable con el despido, sino sólo aquella que, a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa (STS de 22 de septiembre de 1988 [RJ 1988, 7095]), siendo obligado valorar las circunstancias especiales concurrentes en cada supuesto, llevando a cabo a tal fin un examen individualizador de la conducta del trabajador, lo que con mayor razón es exigible en aquellos supuestos que se asientan sobre situaciones de incapacidad física o enfermedad, que cobran una configuración casuística y particularizada derivada de la sustancial y diferenciada individualidad del sujeto que en cada caso resulta afectado (STS de 18 de julio de 1990 [RJ 1990, 6423])» (sentencia de 28 de octubre de 2005 [rec. núm. 4274/05]); y 2.º «si la enfermedad del trabajador está protegida aunque esta protección conlleva quebranto económico y de organización en la empresa, precisamente por ello la situación de IT impone un leal comportamiento en el operario, absteniéndose de bajas innecesarias y cooperando activamente a su curación, e forma que el no hacerlo así integra falta grave (...) si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea en interés ajeno a propio, sobre todo si se tiene en cuenta que su forzada inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social, a las que perjudica, incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato constitutiva del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido (...), de forma que el trabajo en situación de baja constituye una transgresión de la buena fe no sólo respecto al patrono, sino con respecto a todo el colectivo trabajador que sufraga una incapacidad laboral transitoria que el trabajador transforma en lucro individual

(...), porque si el actor realizó tales actividades, es claro que también podía haberse reincorporado a su trabajo habitual (...). E igualmente se indica que la sanción del despido se impone con independencia de que el trabajo efectuado —por quien se encuentra en IT— sea o no remunerado (...). De todas formas, ya con mayor flexibilidad se ha indicado que tratándose de actividades realizadas en situación de IT sólo puede señalarse como criterio general relevante la determinación de si la actividad desarrollada perturba o demora la curación del trabajador o su futura aptitud laboral (...), porque las circunstancias concurrentes cobran una configuración casuística y particularizada derivada de la sustancial y diferenciada individualidad del sujeto que en cada caso resulta afectado (...). Y que no toda actividad desarrollada durante la situación de IT puede calificarse como conducta desleal sancionable con el despido, sino sólo aquella que, dotada de suficiente gravedad e intencionalidad, y a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa” (sentencia de 29 de septiembre de 2005 [rec. núm. 3812/2005]). Conforme a dicha doctrina, decimos, para determinar si ha existido o no transgresión de la buena fe contractual debe prestarse atención, en primer lugar, a si las actividades realizadas por el trabajador demostraban aptitud para su trabajo habitual como operario-auxiliar de producción (realizando tareas de carretillero) o eran incompatibles con la enfermedad determinante de la baja médica. Y en este caso, a juicio de este Tribunal, la actividad consistente en dar conciertos de rock desplazándose cientos de kilómetros entre ciudades demuestra de manera palmaria que el actor se encontraba en condiciones (plenamente apto) de llevar a cabo su labor profesional, resultando en cualquier caso la labor como cantante de grupo de rock totalmente incompatible con dolencias que afectan a casi la totalidad de la columna. En suma, la actividad realizada por el actor durante la situación de baja presenta relevancia suficiente como para entender que la misma demuestra que se encontraba en condiciones de llevar a cabo las labores propias de su profesión habitual, siendo en cualquier caso incompatible con las dolencias que dieron lugar a la baja médica».

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La STSJ de Castilla y León de 16 de julio de 2012, IL J 1193 (recurso n.º 451/2011), falla la improcedencia del despido disciplinario efectuado a un trabajador, debido a ausencias justificadas ante un supuesto de internamiento en un centro de rehabilitación

Razona el Tribunal: «Estas facultades empresariales está sujetas al control judicial (“La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción competente” —art. 58.2 ET—), que afecta incluso a su graduación (cuando la falta cometida no haya sido adecuadamente calificada “el Juez podrá autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta” —art. 115.1.c LPL—), debiendo ser instado ante los Tribunales dentro de los plazos de caducidad y prescripción que para el ejercicio de las acciones de este tipo se han fijado legalmente. La revisión no debe prosperar, al no evidenciarse error valorativo del

Magistrado y su consecuente desatención a las reglas de la sana crítica en el ejercicio de la facultad valorativa de la prueba, que en exclusiva tiene atribuida (*ex* artículo 97-2 LPL) y es que es doctrina constante del Tribunal Supremo (entre otras la STS 17 de Diciembre de 1990) la de que es al juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción (concepto más amplio éste que el de los medios de prueba) para establecer la verdad procesal, intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LEC en relación con el artículo 348 de la actual y supletoria LEC. En su consecuencia, el error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999), pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia, por el de la parte, lógicamente parcial e interesado, lo que es inaceptable al suponer un desplazamiento en la función de enjuiciar que tanto el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 117.3 de nuestra Constitución otorgan en exclusiva a los Jueces y Tribunales».

B) La indemnización: cuantía y cálculo

La **STS de 20 de septiembre de 2012**, IL J 1040 (rcud. n.º 3705/2011), al analizar el despido declarado improcedente por la declaración de Incapacidad Permanente del trabajador, determina que procede el abono de la indemnización por despido improcedente, fallando la compatibilidad de esta con las prestaciones sociales por Incapacidad permanente total.

Para ello la Sala expone: «Desestimado el primer motivo del recurso con relación a la primera de las cuestiones controvertidas, procede analizar la segunda de ellas, que es la de la inviabilidad de la opción empresarial entre la readmisión y la indemnización, cuestión a la que la empresa recurrente dedica el segundo de los motivos de su escrito de recurso, aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 29 de junio de 2011 (rec. 423/2001). En esta sentencia, se descarta la obligación del empresario de indemnizar al trabajador, porque la empresa ha optado por la readmisión, y es el trabajador el que se opone a la misma, alegando que sus enfrentamientos con el empresario le han llevado a un estado psíquico que imposibilita la reincorporación. Lo que sostiene la Sala es que la extinción indemnizada de la relación laboral únicamente puede declararse en el supuesto de que fuese imputable al empresario la no readmisión o la readmisión irregular, pero no cuando el es el propio trabajador el que rechaza el ofrecimiento de readmisión que cumple con todas las exigencias legales, y pretende obtener una indemnización a la que no tiene derecho por ser el único responsable de que la readmisión no se hubiere llevado a cabo. 2. Es claro que nada de todo lo relatado concurre en el caso resuelto por la sentencia recurrida, en el que la imposibilidad de la readmisión deviene de una declaración de incapacidad permanente total del trabajador, por lo que la falta de contradicción entre ambas sentencias es palmaria».

De otro lado, la **STS de 24 de septiembre de 2012**, IL J 1042 (rcud. n.º 2821/2011), al analizar el despido declarado improcedente, delimita el alcance temporal de los salarios de tramitación en el caso de trabajadores fijos discontinuos.

La Sala determina: «Este criterio es coincidente con el sentado en nuestra sentencia de 16 de enero de 2009 (Rcud. 3584/2007) en la que, tras resaltar el carácter indemnizatorio de los salarios de trámite, naturaleza que permite descontar de su importe lo cobrado en otro empleo o lo devengado en periodos durante los que no existió obligación de trabajar por suspensión del contrato, añadimos: “en una relación de trabajo de fijo discontinuo, la delimitación o concreción de las cantidades correspondientes requiere por razones cronológicas la comprobación o concreción en la ejecutoria o en el trámite de ejecución del período de trabajo efectivo determinante de los salarios de tramitación (STS 5-5-2004, citada)”.

3. De todo lo expuesto se deriva que la doctrina correcta es la de que los salarios de trámite se adeudan hasta la fecha de notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido, salvo que antes finalice la temporada que motiva la contratación, supuesto en el que se adeudan sólo hasta ese día. Ello nos lleva a estimar que es más correcta la doctrina seguida por la sentencia de contraste, lo que obliga a estimar el recurso y a casar la sentencia recurrida en el particular relativo a la fijación del importe de los salarios de trámite, sin que proceda limitarlos a la fecha que dice el recurso porque no consta el día exacto en que finalizó el curso escolar que motivó el contrato, ni cuando se reanudó el mismo, razón por la que en ejecución de sentencia se determinarán los periodos de tiempo en los que el actor debió trabajar y los salarios de trámite correspondientes a ellos».

C) Derecho de opción

La **STS de 25 de septiembre de 2012**, IL J 1271 (rcud. n.º 3298/2011), delimita el alcance del derecho de opción establecido en el Convenio colectivo del Ayuntamiento de Camas, ante un despido calificado de improcedente. La Sala determina que este solo corresponde al trabajador cuando es declarado improcedente el despido disciplinario.

La Sala determina: «El art. 12 del XI Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Camas para su personal laboral, aplicable en este proceso, bajo la rúbrica de “despidos disciplinarios”, dice: “al personal con contratos indefinidos en caso de despidos considerados improcedentes, si la sentencia judicial establece la posibilidad entre la readmisión o la indemnización, la decisión sobre dicha opción se trasladará al trabajador para que sea él quien decida en uno y otro extremo”. Por su parte, el art. 14 del XII Convenio Colectivo establece bajo la misma rúbrica de “despidos disciplinarios”, que: “el personal laboral fijo cuando el despido sea declarado improcedente por resolución judicial, la opción entre la indemnización o la readmisión le corresponderá siempre al trabajador. En los demás casos estará dispuesto en la Legislación vigente”. Es claro que tanto en uno como en otro Convenio —el aplicable y el posterior— se atribuye al trabajador la facultad de acción solamente cuando se trata de despidos disciplinarios luego declarados improcedentes, lo que no es el caso puesto que aquí no se alega causa disciplinaria alguna sino que la improcedencia deriva de la consideración que hace la sentencia de que los contratos de la actora dejaron de ser temporales transformándose en contratos por tiempo indefinido, aunque no fijos de plantilla, por haberse infringido los límites establecidos en el art. 15 del ET, de modo que el cese acordado por supuesta terminación del contrato supone un despido sin causa

y por tanto improcedente. A mayor abundamiento, y de acuerdo con la doctrina de esta Sala que recuerda la sentencia de 21/4/10 (Rcud 1075/09), expresiva de que “la sucesiva redacción sobre una misma materia bien puede considerarse reveladora de una idéntica voluntad, pero sucesivamente plasmada en cada pacto posterior con una mayor precisión textual frente al precedente” es claro que la redacción del mismo precepto hecha en el art. 14 del XII Convenio Colectivo tiene un valor orientativo en el sentido de concretar la voluntad de las partes negociadoras en cada momento. De acuerdo con ello, en el supuesto ahora examinado puede entenderse que la exigencia que aparece en la última redacción del convenio, relativa a que el derecho de opción solamente corresponde al personal laboral que tenga la condición de “fijo”, estaba ya en la voluntad de los negociadores del convenio anterior con la referencia al “personal con contratos indefinidos”, de modo que se trata de una voluntad de las partes implícita en el Convenio anterior que ahora se explicita en el posterior. Pero en todo caso, como hemos dicho, en ambos convenios se atribuye al trabajador la facultad de opción solamente cuando se trata de despidos disciplinarios, que no es el supuesto de autos».

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La **STS de 3 de julio de 2012**, IL J 1066 (rcud. n.º1657/2011), falla la nulidad de una pluralidad de despidos por causas objetivas al superar los despidos los umbrales numéricos del art. 51 ET. La sentencia entendió que, atendiendo al número de veterinarios que han sido cesados —un total de 50 de una plantilla compuesta por 137—, nos encontramos ante un despido colectivo que, al haber sido realizado sin seguir los trámites del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, ha de ser calificado de nulo.

A tal efecto la Sala argumenta en su FJ 3.º: «El recurrente alega que la sentencia recurrida infringe, por interpretación errónea, los artículos 51 y 53 del Estatuto de los Trabajadores y 105 y 124 de la Ley de Procedimiento Laboral. Para una recta comprensión de la cuestión debatida hemos de señalar que ambas sentencias razonan que SEAGA ha cesado a los actores comunicándoles que ha finalizado la obra y/o servicio para la que fueron contratados, entendiendo dichas sentencias que la obra no ha finalizado, por lo que no procedía el cese de los trabajadores por dicha causa, entendiendo la recurrida que el cese constituye un despido improcedente, en tanto la de contraste lo califica de nulo, al entender que, dado el número de trabajadores afectados, debió seguirse el expediente de regulación de empleo previsto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y, al no haberse seguido, en virtud de lo establecido en el artículo 124 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede declarar la nulidad del despido. El artículo 124 de la Ley de Procedimiento Laboral, aplicable al caso por razones temporales, y el artículo 124 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social decían, hasta la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, que “El órgano judicial declarará nulo, de oficio o a instancia de parte, el acuerdo empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, fuerza mayor o extinción de la personalidad jurídica del

empresario si no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa, en los supuestos en que esté legalmente prevista”. El problema a resolver, tal y como antes se enunció, consiste en determinar si esa declaración de nulidad prevista por la norma aplicable al caso, por no haberse seguido los trámites del hoy extinguido expediente de regulación de empleo, se produce de una manera automática en aquellos supuestos en los que, como ocurre en el de autos, se superan los umbrales numéricos que se contienen en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores a la hora de acordar los ceses o despidos, aunque estos se hayan producido por causas relacionadas con una pretendida conclusión o terminación de la actividad contratada. El apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción aplicable por razones temporales, anterior a la reforma introducida por el RD Ley 3/2010 de 10 de febrero, establecía que “se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando en un periodo de 90 días, la extinción afecte al menos a...”, estableciendo el umbral numérico de trabajadores en relación con el número de trabajadores de la empresa. El penúltimo párrafo del precitado apartado 1 disponía que “para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos de cinco”. El artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores establece que “El contrato de trabajo se extinguirá (...) c) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato”. En definitiva, la aplicación del artículo 51 requiere la concurrencia de tres elementos: El elemento numérico —número de trabajadores afectados—, el temporal —en un periodo de 90 días— y el causal —causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Procede el examen de si concurren los aludidos elementos para que el cese de los actores, acordado por la empresa SEAGA, pueda ser calificado de despido colectivo. Respecto al elemento numérico, si bien es cierto que la empresa ha cesado a 51 veterinarios —hecho probado 11 de la sentencia de instancia— dichos trabajadores tenían un contrato temporal para obra o servicio determinado, por lo que, en principio, tales extinciones de contrato no debían computar, a tenor de lo establecido en el penúltimo párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores que señala que no computan las extinciones producidas por iniciativa del empresario, en el supuesto del artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores. Esta Sala ha venido manteniendo una constante jurisprudencia, STS 14-6-96, recurso 3099/1995, 7-6-07, recurso 191/2006, y 16-9-2009, recurso 2027/2008, en las que ha señalado que 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 a que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores. La última de las sentencias citadas contiene el siguiente razonamiento: “La conjunción de las consideraciones anteriores permite afirmar que, (...) la reducción de actividad de servicios a la finalización de la contrata inicial ha generado dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa; como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga

de trabajo y la plantilla que la atiende. Y el ámbito de apreciación de la causa productiva sobrevenida puede ser el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de personal, que es en el caso la contrata finalizada y renovada con menor encargo de servicios y consiguientemente de ocupación”. Y, como señalamos en nuestra sentencia de 7 de junio de 2007 (Rec. 191/06) “esta Sala ha sentado la doctrina de que el art. 52-c) del ET no impone al empresario la obligación de ‘agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador’ en la empresa, ni viene aquél obligado, antes de hacer efectivo el despido objetivo, a destinar al empleado ‘otro puesto vacante de la misma’. Así lo han establecido las sentencias de este Tribunal de 21 de julio del 2003, rec. 4454/2002; 19 de marzo del 2002, rec. n.º 1979/2001; y 13 de febrero del 2002, rec. n.º 1496/2001, entre otras. Por consiguiente, de conformidad con la doctrina jurisprudencial que se acaba de citar, lo lógico es deducir que la amortización de plazas por causas ajenas a la voluntad del empleador, constituye causa objetiva justificativa del despido, sin que el hecho de que puedan existir en la empresa otros puestos vacantes, determine normalmente la declaración de improcedencia de tal despido”. En consecuencia, al concurrir en el supuesto debatido los tres elementos que caracterizan el despido colectivo, elemento numérico, temporal y causal, tal y como ha quedado anteriormente consignado la extinción de los contratos de los trabajadores debió realizarse siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y, al no haberlo hecho así, el despido es nulo, de conformidad con lo establecido en el artículo 124 de la Ley de Procedimiento Laboral».

Por el contrario, la **STS de 4 de julio de 2012**, IL J 1068 (rcud. n.º 2407/2011), desestima la nulidad de la extinción del contrato de un trabajador por haber alcanzado la edad de jubilación establecido en Convenio Colectivo. En este supuesto la Sala analiza la posible infracción del artículo 13.11 del convenio Colectivo Estatal de la Industria Química en relación con lo dispuesto en la Disposición Adicional 10.º del Estatuto de los Trabajadores, así como la jurisprudencia existente al efecto. El citado precepto convencional dispone que, «En consonancia con lo establecido anteriormente y como medida política de rejuvenecimiento de plantillas, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Décima del Vigente Estatuto de los Trabajadores en redacción dada por Ley 14/2005, de 1 de julio, los trabajadores que hayan cumplido 65 años edad y cumplan todos los requisitos establecidos legalmente para acceder a la prestación contributiva de jubilación de la Seguridad Social, vendrán obligados a jubilarse en el momento en que la empresa realice la transformación de un contrato temporal en indefinido o la contratación de un nuevo trabajador con el fin de que no se produzca la amortización del puesto de trabajo del trabajador jubilado».

Razona el Tribunal: «En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, 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. b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá 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 para tener derecho a la pensión de jubilación en

su modalidad contributiva. “La DA 10.^a ET establece que la jubilación forzosa por edad ‘deberá vincularse a objetivos (...) expresados en el convenio colectivo’, y el significado de la palabra vincular [‘atar o fundar algo en otra cosa’, en su primera acepción, conforme al DRAE] claramente apunta a que la sujeción ha de ser expresa y tener por sujetos a los firmantes del Convenio. El precepto no dice que ‘estará justificada’ o ‘habrá de justificarse’ la medida, sino que utiliza una expresión [‘deberá vincularse a objetivos (...) expresados’] que comporta un expreso enlace entre cese y metas explicitadas, excluyendo justificaciones tácitas y/o argumentables *a posteriori* en el proceso. 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”. Tercero.—A la luz de la doctrina de mérito deberá pues ser examinado el contenido del precepto convencional y lo cierto es que el mismo no arroja un balance favorable a la exigencia de equilibrio que como razón de ser exige la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores. En primer lugar, el artículo 33.11 del Convenio Colectivo Estatal para la Industria Química alude a la medida de rejuvenecimiento de plantillas como fórmula de acomodación a la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, cuando no cabe atribuir semejante finalidad como objetivo único perseguido por las normas convencionales. Es cierto que se cita en el precepto estatutario la adopción de medidas tales como la transformación de contratos temporales en indefinidos, y dicha medida coincide con la previsión convencional. Pero la misma, así como la nueva contratación deberán actuar en forma acumulativa en lugar de servir como única posibilidad y limitada a la mera sustitución de un trabajador, el cesado por jubilación, aun cuando el puesto no fuera el mismo, pues nos hallaríamos ante una mera sustitución si coincide el puesto o ante una amortización encubierta si no lo hace. El rejuvenecimiento de plantillas no puede ser por si sola la finalidad habilitante para la extinción de los contratos sino que deberá actuar unida al mantenimiento de empleo y dicho objetivo no puede lograrse con una mera sustitución de un trabajador por otro, criterio adoptado por la empresa, que no cabe considerar ajustado a la actual finalidad de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, por lo que el recurso deberá ser desestimado al haber aplicado la sentencia recurrida la buena doctrina. Por lo expuesto y visto el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso, acordando la pérdida del depósito constituido para recurrir y con imposición de las costas a la recurrente a tenor de lo dispuesto en el artículo 233 de la LPL».

Finalmente, la **STS de 13 de noviembre de 2012**, IL J 1243 (rcud. n.º 3781/2011), declara nula la extinción del contrato temporal por finalización de consignaciones presupuestarias, ante un supuesto de represalia empresarial, por lesión del derecho fundamental a la tutela judicial en su vertiente de indemnidad.

A tal efecto la Sala argumenta en sus FFJJ 3.º y 4.º: «La sentencia recurrida, yerra al declarar el despido de que fueron objeto los demandantes como improcedente, basando insistentemente la denegación de la nulidad solicitada en el hecho de que “al no constar la fecha de la reclamación previa no existe indicio de la concurrencia de una posible vulneración de la garantía de indemnidad”, pues por el contrario, consta acreditado (HP 4) que la misma se presentó el día 24/11/2009, por lo tanto 15 días antes de la comunicación de los ceses. No existe justificación alguna de la racionalidad u objetividad de los ceses, lo que

conduce a la necesidad de entender ante ello que esa medida fue una reacción ilícita frente a una actuación de la trabajadora tendente al reconocimiento de sus derechos laborales básicos. 4. La conducta de la Administración demandada resulta claramente incardinal en el artículo. 55.5 del ET y en el artículo 108.2 de la LPL, que califican como nulo aquel despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Cuarto.—Los razonamientos precedentes ponen de manifiesto que es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina correcta, por lo que, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, se impone casar y anular la sentencia recurrida, y resolviendo el debate de Suplicación, estimar el recurso formulado por los demandantes, declarando la nulidad de los despidos de que fueron objeto los recurrentes, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración, manteniendo la resolución recurrida respecto a los restantes pronunciamientos no impugnados que contiene».

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) **Contenido.**
- B) **Tutela de la libertad sindical.**
- C) **Representatividad.**
- D) **Expulsión de afiliados.**

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA.

- A) **Garantías.**
 - a) Expediente contradictorio.
 - b) Derecho de consulta.
- B) **Duración del mandato representativo.**
 - a) Revocación del mandato.

3. HUELGA.

- A) **Conducta empresarial lícita. Uso de los medios de los que habitualmente dispone la empresa.**
 - B) **Huelga que afecta a servicios esenciales. Fijación de servicios mínimos. Autoridad competente y motivación de la resolución.**
-

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 10 a 12 de 2012 de la revista *Información Laboral*.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido

El papel constitucional del sindicato, en cuanto que titulares del derecho y el deber de defender los intereses sociales y económicos que les son propios (art. 7 CE), implica un amplio margen de actuación, pero este no puede ser ilimitado. La concreción de este principio en el ámbito procesal (art 17.2 LRJS, en idénticos términos que la precedente LPL) supone la legitimación activa del Sindicato para la defensa de los señalados intereses, si bien es conocida la jurisprudencia constitucional que sostiene que tal capacidad «no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad», cualesquiera que sean las circunstancias en las que ésta pretenda hacerse valer (SSTC 210/1994, 7/2001, 215/2001, entre otras). En consecuencia, es preciso acreditar el interés directo en el pleito de que se trate, lo que sucede en casos como el enjuiciado por la **STS (4.ª) de 30 de octubre de 2012**, IL J 1250/2012, en el que el sindicato accionante, que impugnaba la atribución de determinadas funciones directivas a una determinada trabajadora por entender que se había realizado sin un procedimiento que garantizara la igualdad en el acceso al empleo público, basado en los principios de mérito y capacidad. Ello se fundamenta en la existencia de un vínculo real del Sindicato con la administración en cuestión —formaba parte de la Junta de Personal y comité de empresa— que acredita su implantación, y en la disconformidad puesta de manifiesto en la Mesa General de Negociación de la Diputación Provincial en la que se acordó la controvertida encomienda de funciones. Por ello, el Tribunal Supremo corrige la decisión del TSJ y reconoce la legitimación activa del sindicato, como parte del contenido de su libertad sindical.

B) Tutela de la libertad sindical

El correcto desenvolvimiento de la acción sindical requiere de los medios materiales adecuados para ello. Por este motivo, la LOLS incluye entre sus garantías la disposición de un local, que conforme a la interpretación jurisprudencial implica no sólo un espacio físico sino también los elementos de mobiliario y tecnología necesarios para el normal desarrollo de la libertad sindical, integrando parte del contenido del Derecho Fundamental. Como tal Derecho, como recuerda la **STS (4.ª) de 18 de julio de 2012**, IL J 1059/2012, la protección constitucional no es sólo ideal o teórica (STC 176/1988), sino que es exigible garantizar que sea algo más que una protección meramente ritual o simbólica (STC 12/1994). Ello exige que, como hace la sentencia confirmada por el alto tribunal, sea necesario compensar los daños derivados del incumplimiento, entendiendo por tales no sólo el daño material o económico (el importe de la equipación no aportada al Sindicato para el uso del local) sino también el moral o inmaterial, cuya cuantificación es objeto de prueba y por tanto debe dilucidarse en la instancia, sin perjuicio del control de errores evidentes en su apreciación conforme a la normativa procesal.

C) Representatividad

La libertad sindical protege, en su vertiente colectiva, a las organizaciones sindicales frente a actuaciones lesivas de las Administraciones Públicas, que desde el sometimiento

a la Ley, tienen que observar con particular rigor el trato igualitario a las diferentes opciones sindicales. En particular, a través de la institución de la representatividad y la mayor representatividad (Título III de la LOLS) se garantiza el derecho de participación y consulta de las organizaciones que tengan suficiente audiencia electoral en condiciones de igualdad. De este modo, la elección y designación de los integrantes de órganos consultivos, cuando requiera la intervención de un órgano administrativo en su publicación, es un acto reglado en el que es preciso realizar un control de legalidad, sin que sea admisible ratificar mediante el acto de nombramiento las comunicaciones realizadas por terceros cuando no respeten el principio de proporcionalidad a la audiencia electoral marcada por la Ley. Así se establece en la **STS (3.ª) de 23 de julio de 2012, IL J 1048/2012**, en la que se confirma la anulación del decreto de nombramiento de los representantes sindicales del Consejo Vasco de Relaciones Laborales efectuado por decreto del Lehendakari. En dicho decreto, se aceptó la propuesta del presidente del Consejo, que había ofrecido a tres organizaciones sindicales representativas los puestos de ELA, que por motivos de disenso político optó por no designar los representantes que de acuerdo a su audiencia le correspondían, lo que, al margen de ignorar la normativa aplicable (que preveía la designación tácita de los anteriores miembros de la entidad sindical no representada), no respeta el señalado principio de proporcionalidad.

D) Expulsión de afiliados

La doble vertiente individual y colectiva de la libertad sindical cobra especial interés en el caso de conflictos entre el trabajador, al que se le reconoce el derecho a afiliarse al sindicato de su elección (libertad sindical positiva) y el sindicato, que en su capacidad de autoorganización puede exigir responsabilidad a sus afiliados dentro del respeto a los Estatutos y a los principios constitucionales. La decisión de expulsar a un determinado miembro de un sindicato tiene una relevancia de interés para el derecho, y como tal está sujeta al control de legalidad por parte de la jurisdicción social. Esta dualidad de intereses se refleja en la **STSJ de Extremadura de 26 de julio de 2012, IL J 1154/2012**, en la que se recoge el conflicto entre la libertad de autoorganización de las asociaciones en general y los sindicatos en particular y los derechos del asociado, o afiliado en este caso. El caso analizado se refiere a la expulsión, tras la tramitación de un expediente instruido al efecto, de varios afiliados responsables de la tesorería y gestión financiera de una federación, por haberse estimado que no habían cumplido con deberes relativos al cargo y que habían distraído algunas cantidades de la contabilidad del sindicato. Como afirma la sala, el control jurisdiccional de la decisión extintiva es pleno: no se limita a constatar que se han respetado los cauces formales estatutariamente previstos —lo que en el caso estudiado no se discute— sino que también debe analizar si la medida adoptada es adecuada a la conducta, pues están en juego derechos fundamentales. Este control es absoluto, y sustituye al de los órganos del propio sindicato, pues al margen de que algunos hechos no se consideran probados (en particular la distracción de fondos, que era el de mayor gravedad) analiza si la falta de seguimiento de las normas de contabilidad tiene o no la gravedad suficiente para determinar la expulsión, e incluso valora como atenuante el carácter no experto de los afiliados expulsados.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Garantías

a) Expediente contradictorio

La imposición de sanciones por faltas graves y muy graves a los representantes de los trabajadores ha de ir precedida de la apertura de «expediente contradictorio [...] en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal» [art. 68.a) ET]. A este respecto, interesa destacar tres ámbitos:

En cuanto a su ámbito subjetivo, esta garantía de los representantes unitarios frente al poder disciplinario empresarial, esto es, miembros del comité y delegados de personal o equivalente, se extiende también a los delegados sindicales (art. 10.3 LOLS).

Por lo que se refiere a su ámbito material, «dicha garantía es independiente de cuál sea la causa determinante del despido, es decir, al margen de que se encuentre o no conectada con el ejercicio del cargo representativo, pues se trata de una garantía formal que no de contenido» (STS de 18 de febrero de 1997).

Por último, en lo que hace a su ámbito objetivo o procedimental, la jurisprudencia ha determinado los elementos básicos del expediente contemplado en los artículos 55.1 y 68.a) del Estatuto de los Trabajadores, considerando como tales el oír en el mismo al interesado y a los restantes representantes del personal. Y así, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1991 indica: «El expediente disciplinario que exige el artículo 68.a) del Estatuto de los Trabajadores para poder imponer a los representantes unitarios de los trabajadores en la empresa alguna sanción por faltas graves o muy graves, consiste esencialmente en una serie de trámites en los que se ha de dar noticia al expedientado de los hechos que se le imputan y también se le ha de dar la oportunidad de contestar a tales imputaciones; y aunque en estos expedientes se puedan practicar pruebas, y con frecuencia se lleva a cabo en ellos una actividad probatoria, esto no es requisito esencial para su validez y efectividad, y menos aún que en cada uno de tales expedientes se abra formalmente un período para la práctica de la prueba. Lo que exige e impone la naturaleza y fines de este expediente es que el afectado conozca los hechos que se le imputan y pueda formular las pertinentes alegaciones en contra, amén de que se oiga a los demás miembros del Comité o..., como prescribe el citado artículo 68.a), pero esa exigencia no alcanza a la realización o práctica de pruebas ni a la existencia de un período probatorio, como fase diferenciada y específica dentro de la tramitación de aquél, máxime cuando el momento en que propiamente se ha de llevar a cabo la pertinente actividad probatoria es en el procedimiento judicial correspondiente, en el que puede efectuarse una prueba extensa y detallada. Y así la Sentencia de esta Sala de 16 de noviembre de 1987, ha declarado que son exigencias básicas del mencionado artículo 68.a) “que antes de imponer la sanción se abra un expediente contradictorio, se oiga en él al interesado y a los restantes representantes del personal y que ni el Estatuto exige un especial trámite de apertura, ni que se celebre ante la misma una especie de antejuicio, con fases de alegaciones, prueba y decisivo”».

De esto último se deduce que, como señala la **STSJ de Extremadura de 30 de julio de 2012**, IL J 1152/2012, cumplida tal finalidad, no se vulnera esta garantía procedimental

porque no se haya realizado práctica probatoria o no se analizaran determinados elementos luego tratados en juicio, pues no es una finalidad procesal la que persigue esta garantía, sino la de que el representante conozca los hechos que se le imputan, pudiendo articular las alegaciones en su defensa que estime oportunas.

b) Derecho de consulta

El art. 64.1 ET define explícitamente los conceptos de «información» y de «consulta». El primero se entiende como 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, mientras que el segundo es 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 de este. Asimismo, este precepto añade que, «en la definición o aplicación de los procedimientos de información y consulta, el empresario y el comité de empresa actuarán con espíritu de colaboración, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores».

Uno de los principales problemas que plantea esta definición genérica es el de determinar cuál es su ámbito material de aplicación. El apartado segundo del mencionado precepto establece un listado orientativo en lo que hace al derecho de información, mientras que el cuarto hace lo propio con el de consulta.

La **STS de 20 de junio de 2012**, IL J 1106/2012, recuerda la jurisprudencia del Alto Tribunal a este respecto, delimitando su contenido, al señalar que en ningún caso el listado es *numerus apertus* y, por tanto, omnicomprensivo de cualesquiera cuestiones de interés de la representación de los trabajadores y, en aquel particular, permitía «otorgar al comité actor un control sobre las actividades de las empresas dependientes a través de contratos, subcontratos, asistencias técnicas y encomiendas que pudiera corresponder a los respectivos comités de empresa».

B) Duración del mandato representativo

a) Revocación del mandato

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 exige la decisión por mayoría absoluta de los electores adoptada en asamblea convocada al efecto a instancia de, como mínimo, de un de los electores, y mediante sufragio personal, libre, directo y secreto.

No obstante, este precepto establece dos garantías de naturaleza procedimental, pues la revocación no puede efectuarse durante la tramitación de un convenio colectivo, ni replanearse hasta que no hayan transcurrido, por lo menos, seis meses desde el último intento.

Pero, efectuada la revocación con las garantías señaladas, ¿alcanza sólo a los titulares de la representación o podía extenderse a los suplentes, provocando la convocatoria de nuevas elecciones? La **STS de 2 de octubre de 2012**, IL J 1137/2012, se decanta por esta segunda opción sobre la base de dos argumentos básicos. De un lado, una interpretación gramatical

del precepto le lleva a considerar que, cuando el precepto habla de «todos» los representantes, este término es omnicomprensivo de todo aquel que ostente o pueda ostentar tal condición. Al no exigirse una causa, sino que la revocación puede obedecer a la simple pérdida de confianza, ésta pueda afectar a la candidatura en su conjunto y no sólo a los que ejercieron la función de representación.

En segundo lugar, también se llega a la misma conclusión a través de una interpretación finalista, pues «la relación entre representantes y representados en los comités de empresa y delegados de personal responde, ciertamente, como se ha dicho muchas veces al modelo del mandato representativo y no del mandato imperativo; así resulta sin ir más lejos de lo dispuesto en el propio artículo 67.3 ET en el pasaje en que ordena la imposibilidad de revocación “durante la tramitación de un convenio colectivo”. Pero el contrapeso de la independencia de los representantes en el ejercicio de sus funciones es precisamente la potestad de los representados de revocar *ante tempus* el mandato encargado, potestad de revocación que puede alcanzar a la totalidad de los representantes actuales o futuros cuando los trabajadores han valorado como ineficaz o como insatisfactoria la actividad conjunta de defensa de sus intereses llevada a cabo por todos ellos en sus respectivos papeles de titulares y suplentes de la representación laboral y de interlocutores por tanto del personal representado».

3. HUELGA

A) Conducta empresarial lícita. Uso de los medios de los que habitualmente dispone la empresa

El derecho de huelga se caracteriza por tres elementos básicos. En primer lugar, no es un derecho de resultado. En segundo término, el uso de los medios de los que habitualmente dispone la empresa constituye una conducta empresarial lícita en el período de huelga. Y, en tercer lugar, el esquirolaje, tanto interno como externo, en período de huelga es una práctica contraria al mencionado derecho fundamental.

Sin embargo, esta definición no supone en modo alguno que el derecho de huelga lleve implícita una garantía de resultado para los trabajadores/sindicatos. Lo que se garantiza con el derecho a la huelga no es el éxito de la huelga mediante la paralización total de la actividad empresarial sino tan sólo la suspensión de la prestación de servicios por los trabajadores que quieren sumarse libremente a la citada convocatoria. Es más, no existe motivo alguno que impida que el empresario, respetando las previsiones legales, mantenga el sistema productivo durante la huelga. En base a lo anterior, la huelga queda configurada como un contrapoder de trabajadores y sindicatos frente al empresario, pero cuyo alcance y repercusión real van a depender de las distintas circunstancias que concurren en el propio proceso de huelga (seguimiento por parte de los convocados, circunstancias del mercado, etc.). El empresario ha de respetar el derecho de huelga pero no ha de colaborar o favorecerla.

Estas características básicas del derecho de huelga se tienen en cuenta en la **STSJ de Madrid de 23 de julio de 2012**, IL J 1166/2012, que se refiere al conflicto colectivo del

ente público Radio Televisión Madrid y Televisión Autonomía Madrid y sus trabajadores. El día convocado para la huelga, Telemadrid no emitió ninguna de las referidas programaciones a excepción del partido de la Champions League con una duración aproximada de una hora y cuarenta y cinco minutos, y ello debido a la ausencia de personal para emitir los programas, al estar secundando la huelga. En concreto, en la unidad de continuidad todos los trabajadores secundaron la huelga, y este hecho impedía emitir la publicidad y los programas grabados. Un trabajador que prestaba servicios en control central y en turno de tarde no secundó la huelga y acudió a trabajar, en el departamento de Grafismo el coordinador tampoco secundó la huelga, no haciéndolo tampoco el Jefe de Estudios.

El referido día de huelga la señal que se emitía era un cartón anunciando la existencia de la huelga, la cual salía de continuidad al Emisor A de Abertis. La señal se puede emitir desde el codificador A o desde el codificador de reserva B, siendo así que normalmente coincide la señal que se emite por uno o por otro codificador y es Retevisión, Abertis, quien una vez remitida la señal activa uno u otro codificador a fin de que se reparta la señal a los televidentes. Un trabajador de la empresa que no secundó la huelga y encargado de tal labor, llamó a Abertis y les dijo que activaran el codificador B, que normalmente se utiliza en casos excepcionales, y debido a ello desde Telemadrid se emitió el partido de la Champions.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid afirma que, no siendo el derecho a la huelga un derecho de resultado, es legítimo, por tanto, que los empresarios traten de atenuar las consecuencias de la huelga mediante aquellos medios de los que dispongan, y siempre que ello se realice mediante conductas lícitas. Es en este punto en el que la interpretación de nuestros Tribunales sobre los arts. 28 CE y 6.5 RD-ley 17/1977 adquiere mayor relevancia. La Jurisprudencia ha interpretado los preceptos relativos al derecho a la huelga de manera que se considera lícito el uso de medios tanto materiales como humanos, siempre y cuando se trate de medios de los que habitualmente disponga la empresa.

El derecho a la huelga no puede entenderse como un derecho a paralizar el proceso productivo de la empresa, o como una obligación exigible a todos los trabajadores de esta, por lo que, si el empresario puede mantener parcialmente en marcha el proceso productivo con los trabajadores que libremente decidan no participar en la huelga, sin que para ello incurra en acciones o utilice procedimientos contrarios a tal derecho, no puede tacharse su conducta de contraria a la libertad sindical, ni atentatoria contra derechos fundamentales.

Como ha quedado explicado, la emisión del partido de la Champions League el día de la huelga fue posible, por otra parte, gracias al denominado Codificador B o línea de reserva. La señal se puede emitir desde el codificador A o desde el codificador de reserva B, siendo así que normalmente coincide la señal que se emite por uno o por otro codificador y es Retevisión, Abertis, quien, una vez remitida la señal, activa uno u otro codificador a fin de que se reparta la señal a los televidentes. De esta forma, que la retransmisión tuviera lugar mediante la utilización del denominado Codificador B tampoco comporta, en modo alguno, vulneración del derecho de huelga, pues se trataba de una de las posibilidades técnicas de que se disponía habitualmente a tal fin, y que de hecho, aunque no era lo más habitual, había sido utilizada con el citado objeto en anteriores ocasiones.

Por lo expuesto, en tanto la actuación empresarial el día de la huelga se limitó a servirse de los medios de los que se disponía habitualmente, esta no merece la calificación de actua-

ción contraria al derecho fundamental a la huelga, sino la de conducta lícita y conforme a derecho. Parece evidente que, si no se aprecia vulneración del derecho de huelga, debe en consecuencia rechazarse también la pretensión relativa a obtener una indemnización por presunta vulneración de derechos fundamentales, pues difícilmente se ha de resarcir una supuesta vulneración de derechos fundamentales cuando esta no ha tenido lugar.

**B) Huelga que afecta a servicios esenciales. Fijación de servicios mínimos.
Autoridad competente y motivación de la resolución**

Es objeto de análisis en la **STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 12 de junio de 2012**, IL J 1084/2012, la Resolución de la Autoridad Portuaria que fija los servicios mínimos del servicio de practica en el Puerto de Las Palmas por varios motivos. En primer lugar, se analiza el motivo de impugnación de la falta de competencia de la Autoridad Portuaria para la fijación de los servicios mínimos de que se trata, sosteniendo que la competencia corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias y no a la Autoridad Portuaria.

En materia de huelga que afecta a servicios esenciales de la Comunidad por todos es sabido que es la autoridad gubernativa la competente para la fijación de los servicios mínimos. La autoridad gubernativa es aquella autoridad, estatal autonómica, que tiene competencia y, por consiguiente, la responsabilidad política del servicio en cuestión. En efecto, hay que confirmar que la autoridad gubernativa con competencias en un determinado servicio es quien mejor puede apreciar si dicho servicio es o no esencial para la Comunidad, en el sentido de si su eventual paralización afecta o menoscaba intereses y bienes constitucionalmente protegidos, siendo obviamente muy superiores las dificultades que una autoridad sin competencias sobre el servicio puede tener para ponderar lo anterior y, por lo tanto, la competencia sobre el servicio determina la competencia sobre el mínimo de actividad a mantener. En el caso concreto, la estiba y desestiba en el Puerto es un servicio público esencial, cuya continuidad corresponde garantizar, obviamente, a su titular. En un supuesto como el que ahora se nos plantea, hay que entender que la competencia sobre puertos de interés general de titularidad estatal conlleva la de establecer los servicios esenciales para la Comunidad.

El hecho de que la Comunidad Autónoma tenga competencias de ejecución de la legislación laboral no puede llevar a que durante la situación de huelga desaparezca la competencia del Estado en materia de puertos de interés general, en el sentido, no ya de que nada tenga que decir, sino incluso de que carezca de la responsabilidad última a la hora de decidir la actividad de estiba y desestiba a mantener. Por el contrario, el razonamiento hasta aquí seguido conduce a concluir que es la autoridad gubernativa estatal con competencias sobre el Puerto quien mejor puede ponderar la actividad portuaria que debe mantenerse en caso de huelga. Aquella autoridad es quien tiene la responsabilidad política del buen funcionamiento del Puerto y sobre ella ha de recaer igualmente la responsabilidad de la privación del ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores considerados indispensables para mantener una mínima actividad.

El segundo de los motivos de impugnación se refiere a la motivación que constituye requisito esencial para la validez de las resoluciones gubernativas y que viene a significar la exposición, aunque sea sucinta, de las concretas razones por las que se imponen unos

precisos servicios mínimos en las particulares circunstancias que concurren en la singular huelga a la que se refieran. La limitación al derecho fundamental que comporta el aseguramiento de dichos servicios es lo que atribuye tal importancia a la motivación, que no tiene como objeto solamente que los trabajadores afectados conozcan el porqué de estos sino que poseen, además, una especial trascendencia a la hora del control judicial de la decisión que los establece, porque solamente a través de su examen podrán los Tribunales contrastar su idoneidad y proporcionalidad en relación con el sacrificio que comportan para el derecho fundamental reconocido en el art. 28.2 de la Constitución.

De esta manera, aquellas resoluciones que fijen los servicios mínimos y carezcan de motivación u ofrezcan una de carácter genérico, válida para cualquier convocatoria de huelga o, en general, las que no consideren las circunstancias específicas de aquélla a la que se refieren habrán de ser consideradas nulas por desconocer las exigencias que en este punto derivan de la protección constitucional del derecho a la huelga. Esto es lo que ocurre en el caso concreto de la resolución objeto de impugnación, que se caracteriza por la absoluta falta de motivación y racionalidad y proporción de los servicios mínimos que se fijan y que son el 100% de los ordinarios, sin que exista el más incipiente propósito de explicación de las circunstancias que hacen necesario, ni aun conveniente, el establecimiento de tales servicios mínimos.

Con todo el razonamiento anterior se anula la resolución recurrida pero no se estima la pretensión de indemnización, pues tal petición no contiene indicación alguna al respecto, no describe ni enuncia siquiera los conceptos o partidas cuya reparación se pretende a través de esa genérica indemnización que solicita —se limita a contener la pretensión indemnizatoria en el suplico de la demanda como si fuera de automática consecuencia—, lo que impide el debate contradictorio sobre la existencia y entidad de perjuicios y sobre la cuantificación de la indemnización adecuada para su reparación.

JESÚS R. MERCADER UGUINA
ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ (coord.)
CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ
PATRICIA NIETO ROJAS
AMANDA MORENO SOLANA
PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI
DANIEL PÉREZ DEL PRADO

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

SUMARIO

1. EFICACIA.
 2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR.
 3. CONTENIDO NORMATIVO DEL CONVENIO COLECTIVO. LÍMITES.
 4. CONVENIOS COLECTIVOS «EXTRAESTATUTARIOS».
-

Las sentencias reseñadas aparecen referenciadas en la parte de jurisprudencia de los números 10, 11 y 12 de la revista *Información Laboral*, 2012, de Lex Nova, y reproducidas en *lexnovaonline*, donde puede consultarse su texto íntegro. Particular interés tiene la STS de 14 de noviembre de 2012, insistiendo en la inaplicación del art. 38.10 EBEP a los convenios colectivos que afecten al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas.

1. EFICACIA

De los convenios colectivos celebrados entre una Administración pública y su personal laboral. No cabe la inaplicación o desvinculación de lo pactado por razones excepcionales derivadas de la situación económica, esto es, al amparo de lo previsto en el art. 38.10 EBEP. Dicho precepto se refiere a los pactos y acuerdos que afecten al personal funcionario; no resulta de aplicación a los convenios colectivos suscritos para el personal laboral, el cual no puede ver suprimido o minorado por dicha vía los beneficios o las ayudas sociales (fondo de acción social) reconocidos en tales convenios. Con contundencia, **STS de 14 de noviembre de 2012** (IL J 1301/2012), siguiendo y reproduciendo la doctrina de la STS de igual Sala de 28 de septiembre de 2011 (véase IL J, número 49, crónica VIII, apartado 1):

«La solución contraria a las tesis de la [Administración] recurrente la fundó nuestra sentencia de 28 de septiembre de 2011 en las siguientes razones:

“A) El apartado 10 del artículo 38 del Estatuto básico del empleado público (EBEP), establece que: se garantiza el cumplimiento de los pactos y acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de pactos y acuerdos ya firmados, en la medida

estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones públicas deberán informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación.

B) En fecha 4 de agosto de 2010, el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, en base (*sic*) al precepto del EBEP transcrito y la disposición adicional novena de la Ley del Principado de Asturias 5/2010, de 9 de medidas urgentes de contención del gasto y en materia tributaria, acordó adoptar distintas medidas complementarias del gasto aplicables a la Administración del Principado de Asturias y, entre ellas, la denominada ‘adaptación’ de la acción social, que en la práctica, salvo el plan de pensiones y las medidas de jubilación anticipada, con respecto a las demás medidas de acción social, ha supuesto la supresión de las mismas y, por ende, dejar vacío de contenido el artículo 59 del convenio colectivo para el personal laboral de Administración del Principado de Asturias.

C) Lo cierto es, sin embargo, que contrariamente a lo que se aduce por la recurrente, el apartado 10 del artículo 38 del EBEP no ampara la desvinculación de lo pactado en un convenio colectivo suscrito por la Administración y su personal laboral. En efecto, partiendo sin duda de la afirmación constitucional (STC 205/1987, de 21 de diciembre), respecto a que ‘en cuanto parte de las relaciones laborales privadas, la Administración está sujeta a las mismas reglas jurídicas que las demás empleadoras’, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que le impone el artículo 103 de nuestra Constitución, y que esta Sala ha hecho suya en reiteradas sentencias (STS 18-03-1991; 07-10-1992 y 07-10-2004), señalando que ‘cuando las Administraciones públicas actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo deben atenerse a la normativa general y sectorial que regula la contratación en el Derecho del Trabajo’. Es por ello por lo que el artículo 32 del EBEP, incardinado en el capítulo IV del mismo, sobre ‘derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión’, establece que: ‘La negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este capítulo que expresamente les son de aplicación’, de lo que se infiere que, por lo que respecta al personal laboral de las Administraciones públicas, el criterio legal de interpretación que sigue el EBEP es la remisión a la legislación laboral. Pues bien, excepto por lo que se refiere al artículo 31 sobre ‘principios generales’ y al apartado 8 del artículo 38 del EBEP que posibilita el pacto y acuerdo conjunto de funcionarios y personal laboral en materias y condiciones de trabajo comunes, pero con especificación expresa de aplicación del Estatuto de los Trabajadores y eficacia de convenio colectivo para el personal laboral, todos los demás preceptos del capítulo IV (artículos 33 a 45) regulan la negociación colectiva del personal funcionario, pero no del personal laboral, que se rige por la legislación laboral estrictamente considerada, en concreto, y por lo que aquí interesa, por el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores.

Y sí a ello añadimos, como ya tuvo ocasión de señalar esta Sala en sentencia de 4 de mayo de 1994 (rec. 3311/1993), que ‘ante todo se ha de tener en cuenta que los convenios colectivos tienen plena fuerza vinculante entre las partes que los han suscrito, de modo que vienen a constituir la norma más directa y específica que regula las relaciones jurídico-laborales existentes entre ellas, por ser una verdadera fuente de derecho, tal como se desprende de lo que disponen el art. 37-1 de la Constitución Española y los arts. 3.1.b) y 82 del Estatuto de los Trabajadores’ (...), la conclusión a la que hemos de llegar (...) es la de que el precepto que en el ámbito concreto del personal al servicio de las Administraciones públicas, es decir, el repetido artículo 38.10 del Estatuto básico del empleado público (EBEP), que

permite la desvinculación de lo pactado por causas excepcionales derivadas de la situación económica no resulta de aplicación al personal laboral de dichas Administraciones”».

Del pacto o acuerdo sobre estructura salarial no registrado ni publicado. Su eficacia es la propia de los convenios colectivos extraestatutarios; por consiguiente, puede modificarse por la vía prevista para éstos —**STS de 23 de octubre de 2012 (IL J 1258/2012)**—.

2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

De las asociaciones empresariales. Corresponde a las asociaciones que impugnen el convenio por falta de legitimación de las que lo hayan suscrito la prueba de los hechos acreditativos de la realidad de aquella falta. No basta a tales efectos la mera aportación, por parte de las asociaciones demandantes, de listas de empresas afiliadas a ellas y de los TC2 correspondientes a los trabajadores que ocupan, los cuales «no permiten concluir, de ningún modo, que dichas empresas se dediquen expresamente a las actividades regidas por el ámbito funcional del convenio»; la insuficiencia de la expresada documentación se ve reforzada cuando los datos sobre los que versa son posteriores a la fecha de constitución de la comisión negociadora (**STS de 19 de julio de 2012; IL J 1056/2012**).

De las asociaciones empresariales. No se opone a la naturaleza estatutaria del convenio su firma por una asociación empresarial de constitución posterior a la de la comisión negociadora cuando las demás que integraron inicialmente ésta reúnen en su conjunto el requisito de la legitimación ampliada y, ya por separado, el de la legitimación inicial. «Si se ha concluido que las asociaciones y sindicatos que integraron inicialmente la comisión negociadora acreditaron la legitimación inicial y la plena necesarias para crear un convenio colectivo estatutario, éste tendrá eficacia *erga omnes*, es decir, para todas las empresas y trabajadores del ámbito correspondiente, suscriba o no suscriba el convenio esa nueva asociación patronal, cuyas empresas afiliadas, y los trabajadores por ellas empleados, se verán igualmente afectados por el convenio colectivo en cuestión, que, en cualquier caso, no podrá ser anulado por el hecho de producirse por parte de AEFYME una incorporación al proceso negociador que podría considerarse extemporánea y, por consiguiente, una suscripción del convenio que se podría considerar indebida. Pero, aun así, insistimos, ello no determinaría la nulidad del convenio, como con acierto estima la sentencia recurrida». Ello solamente se podría producir «si, como consecuencia de tal incorporación tardía se alcanzara la mayoría para adoptar acuerdos exigida por el artículo 89.3 ET que, sin dicha incorporación, no se habría alcanzado. Pero no es ese el caso» (de nuevo, **STS de 19 de julio de 2012; IL J 1056/2012**).

Número de vocales de la comisión negociadora. Respetando el número máximo de vocales a designar por la parte social y la parte empresarial, establecido en el art. 88.4 ET (quince en los convenios colectivos sectoriales y trece en los restantes), corresponde a cada una de esas partes decidir el concreto número de vocales con que contará, sin que sea objetable la fijación de un número inferior al referido máximo permitido legalmente o al acordado en la negociación de anteriores convenios, salvo que obedezca a motivación arbitraria o carente de justificación objetiva o que resulte ser lesiva de la libertad sindical,

por pretender la exclusión de ciertos sindicatos o de ciertas representaciones sindicales. Así, en relación con la comisión negociadora de un convenio colectivo de empresa, **STSJ de Madrid de 20 de julio de 2012** (IL J 1170/2012; recurso de suplicación 3607/12): «en nada vulnera la normativa vigente en materia de negociación colectiva el que el comité de empresa decidiese establecer en doce miembros el banco social de la mesa negociadora del convenio colectivo de empresa de 2.011, en lugar de en el máximo de trece que actualmente autoriza el artículo 88.4 del Estatuto de los Trabajadores».

Reparto de vocalías entre los sujetos (órganos de representación unitaria, secciones sindicales, sindicatos o asociaciones empresariales) que reúnan los requisitos para contar con presencia en la comisión negociadora. Ha de tener lugar en proporción a la representatividad acreditada por cada uno de ellos. En el caso de los componentes de la parte social, en función de la audiencia electoral de cada uno, medida por medio del número de representantes unitarios con que cuente en la unidad de negociación y también, en su caso, el número de votos obtenidos en las correspondientes elecciones. En relación con el convenio colectivo de empresa, de nuevo, **STSJ de Madrid de 20 de julio** (IL J 1170/2012; recurso de suplicación 3607/12): «tampoco lesiona disposición general alguna, ni legal ni reglamentaria, respetando, igualmente, el principio de representación proporcional que exige el artículo 88.1» del ET, «el hecho de que contando SICAM con cinco representantes en el comité de empresa y habiendo obtenido en las elecciones sindicales 761 votos en total, se le atribuyese un segundo participante en el banco social de la comisión negociadora de la norma colectiva, mientras que a UGT, que también tiene cinco miembros en el órgano de representación unitaria de los trabajadores, pero logró un número total de votos sensiblemente inferior (551), se le haya asignado solamente uno».

3. CONTENIDO NORMATIVO DEL CONVENIO COLECTIVO. LÍMITES

Respeto de la ley. La entrada en vigor de una nueva normativa estatal que afecta a determinadas condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo anterior y choca frontalmente con la forma en que aparecen reguladas por éste no impide la plena efectividad de aquélla. La oposición entre lo dispuesto en el convenio colectivo y dicha nueva normativa no puede conducir a que prevalezca lo regulado por el primero. El art. 37.1 de la CE no resulta vulnerado por el hecho de que una nueva ley afecte a la regulación de condiciones de trabajo preestablecidas por convenio colectivo. Así, en relación con la repercusión de la promulgación del Real Decreto-ley 1/2010 y de la posterior Ley 9/2010, de 14 de abril, sobre la regulación de determinados aspectos del tiempo de trabajo y salarios derivada del I convenio colectivo suscrito entre AENA y el sindicato USCA, de controladores aéreos, **STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2012** (IL J 1146/2012), desestimando el derecho de los trabajadores demandantes a obtener compensación económica por dicha repercusión y al amparo de la cláusula *rebus sic stantibus*. Recuerda la Sala, haciendo suyos los términos de la STC 210/1990, que «quien alegue y acredite que una Ley, dictada vigente el convenio colectivo, provoca el mencionado cambio absoluto y radical de las circunstancias, podría pedir la rescisión del convenio, pero en ningún caso pretender, con amparo en el art. 37.1 CE, la postergación de la plena efectividad de la norma legal, contrariando así lo en ella decidido respecto a su aplicación en el tiempo», pues «es el

convenio el que debe respetar y someterse a la Ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario».

4. CONVENIOS COLECTIVOS «EXTRAESTATUTARIOS»

Pertenencia al grupo de los convenios extraestatutarios del acuerdo o pacto de empresa no registrado ni publicado. En su virtud, una vez denunciado y vencido su plazo de duración carece de ultraactividad y puede ser modificado, previa consulta con los representantes de los trabajadores, por la vía del art. 41 ET. Semejante modificación no precisa, pues, el previo acuerdo con dichos representantes; no cabe entender que a efectos de aquella funcione como pacto asimilable a un convenio estatutario. Tal es el criterio que mantiene, en casación para la unificación de doctrina y en relación con un pacto sobre estructura salarial, la **STS de 23 de octubre de 2012 (IL J 1258/2012)**, con cita de las de igual Tribunal y Sala de 1 de junio de 2007 (rec. 71/2006), 6 de octubre de 2009 (rec. 3012/2008) y 9 de marzo de 2011 (rec. 118/2010):

«Como estamos ante un convenio que no ha sido registrado y publicado y que no es de los regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, (...) la modificación operada en el sistema retributivo por la empresa no requería que las consultas terminasen con acuerdo con la parte social».

Materias no susceptibles de negociación. Cuando el convenio tiene, por razón de los sujetos que intervienen en su negociación, eficacia limitada, no puede entrar en materias cuya regulación ha de ser, necesariamente, uniforme para todos los trabajadores, como es el caso del sistema de clasificación profesional y de promoción en la empresa, así como de las faltas y sanciones. No sucede lo mismo con el establecimiento de complementos salariales, pues la estructura salarial constituye una materia cuya regulación figura en el ET abierta tanto a la negociación colectiva como al contrato, como también lo está el importe de los conceptos salariales. La señalada imposibilidad de que el convenio extraestatutario incluya en su contenido cuestiones que requieren una regulación uniforme para todos los trabajadores no desaparece por el hecho de que el tratamiento dispensado a éstas reproduzca el contenido en un convenio colectivo estatutario anterior. Tiene ocasión de pronunciarse en el sentido indicado, con argumentación en exceso prolija, la **SAN de 21 de septiembre de 2012 (IL J 1208/2012; procedimiento 71/12)**:

El sindicato demandante pretende, en primer lugar, la nulidad de los preceptos del convenio extraestatutario que «regulan el sistema de clasificación profesional, así como el sistema de promoción en la empresa, que por su propia naturaleza exigen su aplicación generalizada en la empresa, oponiéndose los demandados», que subrayan que los aludidos preceptos reproducen los que sobre igual materia figuraban en el anterior convenio estatutario, «lo cual es cierto». Al respecto ha de tenerse en cuenta que «el sistema de clasificación profesional y el procedimiento de promoción en la empresa solo pueden pactarse mediante convenio colectivo o, en su defecto, mediante acuerdo subsidiario a convenio, a tenor de lo dispuesto en los arts. 22.1 y 24.1 ET, por lo que su regulación está vedada a los convenios extraestatutarios. Consideramos, por otra parte, que reproducir en el pacto

extraestatutario el sistema de clasificación profesional y de promoción profesional, establecido en el convenio de aplicación, no se ajusta a derecho».

También reclama el sindicato la nulidad del precepto del convenio extraestatutario que regula un plus para el personal al que la empresa asigne funciones de limpieza previa adscripción voluntaria de aquel. En este punto «la Sala considera ajustado a derecho el artículo impugnado, porque ni contraviene la ley, ni tampoco ninguno de los convenios vigentes, ya que introduce un nuevo plus, lo que está permitido a los convenios extraestatutarios, a tenor con lo dispuesto en el art. 26.3 ET, cuya percepción depende de su adscripción voluntaria, siendo más que evidente, a nuestro juicio, que corresponde a la empresa, conforme a lo dispuesto en el art. 20 ET, la organización del trabajo».

Se solicita, asimismo, la nulidad del precepto del convenio extraestatutario que modifica la estructura salarial de los convenios precedentes, suprimiéndose determinados pluses en ellos previstos. Pues bien, la Sala no comparte el criterio del demandante «porque el art. 26.3 ET permite negociar la estructura del salario mediante la negociación colectiva o mediante contrato individual, por lo que nada impide que se negocie en convenio extraestatutario».

También se solicita la nulidad del precepto que «regula un régimen disciplinario» en términos totalmente coincidentes con los del convenio estatutario anterior, salvo en lo relativo a un aspecto de las sanciones aplicables, respecto a las cuales aparece suprimida la sanción consistente en la inhabilitación para ascender a categoría superior. Se recuerda aquí que «un pacto extraestatutario no puede regular el régimen disciplinario en la empresa, porque el art. 58 ET establece que la graduación de faltas y sanciones se hará por ley o por convenio colectivo, siendo irrelevante, a nuestro juicio», que el convenio extraestatutario «reproduzca esencialmente el régimen disciplinario» del precedente convenio estatutario.

«Mantenemos, sin embargo, las tablas salariales del convenio colectivo [extraestatutario], puesto que no existe limitación legal para que el pacto extraestatutario regule la estructura y el importe de los salarios, conforme a lo dispuesto en el art. 26.3 ET».

JAVIER GÁRATE

IX. SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO

1. FUENTES.
 2. CAMPO DE APLICACIÓN.
 3. ENCUADRAMIENTO.
 4. GESTIÓN.
 5. FINANCIACIÓN.
 6. COTIZACIÓN.
 7. RECAUDACIÓN.
 8. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL.
 - A) **Recargo de prestaciones.**
 - B) **Responsabilidad Patrimonial.**
 - 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.
 - A) **Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.**
 14. INFRACCIONES Y SANCIONES.
 15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL.
-

1. FUENTES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

La **STJUE de 27 de setiembre de 2012, IL J 1210/2012**, analiza si a un ciudadano belga residente en Portugal, desde donde administra una sociedad ubicada en Bélgica a efectos del impuesto de sociedades y del impuesto belga de no residentes, le es de aplicación la legislación belga que establece una presunción *iuris et de iure* en el sentido de considerar que dicho administrador está realizando un actividad profesional como trabajador autónomo en Bélgica.

El Tribunal considera que la normativa belga, en la medida que establece una presunción *iuris et de iure* en el sentido indicado, es contraria a los artículos 13, apartado 2, letra b), y al artículo 14b, letra b), del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998.

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

La empresa empleadora recurre en casación la sentencia de instancia que desestima la impugnación de actas liquidadoras de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por infracotización. La **STS (Sala 3.ª) de 18 de septiembre de 2012, IL J 1033/2012**, expone, entre los hechos probados en instancia, que la inspección de trabajo levantó acta de inspección por diferencias de cotización en relación a las sumas abonadas en metálico en concepto de gastos de manutención bajo la denominación de «dietas» (60 euros diarios) y que dicho importe superaba por sí solo algunas de las cuantías señaladas como límites a efectos de la exclusión en la base de cotización según la legislación vigente. En el caso enjuiciado, además de la dieta abonada en metálico a sus trabajadores, la empresa asumía

el pago del importe de la estancia de hotel, así como los gastos de manutención. A juicio de la inspección, para contrastar si se superaban o no los límites exentos de cotización la empresa debía aportar los precios diarios de manutención pagados directamente al hotel, los cuales debían sumarse a los pagos realizados en concepto de dietas.

El Tribunal considera correcta la argumentación de la sentencia de instancia, que parte de la premisa de la presunción de certeza de las descripciones fácticas contenidas en las actas de la Inspección de Trabajo. La sentencia entiende atribuible a la empresa la carga de probar la afirmación de que el concepto retributivo es extrasalarial dado que la exención de cotización de los partidas no salariales se configura legalmente como una excepción al supuesto general de cotización traducido en la presunción *iuris tantum* de que «todo lo que recibe el trabajador de la empresa es debido al concepto de salario».

El Tribunal coincide con la sentencia recurrida en valorar como insuficientes las pruebas aportadas por la empresa en tanto que ésta «no aporta la información necesaria y suficiente que acredite la realidad y justificación de los desplazamientos que origina el derecho a la percepción de la asignación». En concreto, la empresa no ha justificado la correspondencia de las cantidades abonadas como dietas con los gastos realizados por cada trabajador durante el desplazamiento teniendo en cuenta que no ha concretado la cantidad que abonaba directamente a los establecimientos hoteleros en concepto de estancia y manutención. Es por ello que el Tribunal entiende correctos los criterios del acto administrativo expedido por la inspección de trabajo, la cual ante la falta de acreditación por parte de la empresa declara el descubierto por la totalidad de abonos en nómina.

No consideración, a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de la jubilación de los incrementos no justificados de las bases de cotización. Apreciación de fraude en relación a incrementos de las bases de cotización correspondientes a periodos previos a los dos años anteriores al hecho causante. El demandante recurre en suplicación el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación que hace el INSS en el que no se toman en consideración los incrementos de cotizaciones apreciados en un tramo temporal que excede los dos años previstos en el art. 162.2 LGSS. La **STSJ de Castilla y León de 19 de julio de 2012, IL J 1175/2012**, cita la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras SSTs de 30 de enero de 2001 y de 25 de marzo de 2010) que considera de aplicación objetiva, independientemente de que medie o no fraude, la prohibición contenida en el art. 162.2 LGSS de computar a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación las elevaciones de las bases de cotizaciones correspondientes a los dos últimos años anteriores al hecho causante siempre que tales incrementos sean superiores «al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, en el correspondiente sector». Según dicha doctrina judicial la referencia hecha por el legislador a los dos últimos años no empece a que la Administración de la Seguridad Social pueda apreciar fraude de ley o abuso del derecho en el caso de constatarse un incremento de cotizaciones correspondientes a tramos temporales anteriores a dichos dos años y que éstos carezcan de justificación objetiva y resulten desproporcionados.

El Tribunal entiende que en el caso enjuiciado —en el que el demandante realizaba las tareas de conductor para la empresa— es apreciable fraude en las cotizaciones dadas las circunstancias probadas: entre otras, que en ciertos tramos temporales las bases de cotización experimentaron incrementos repentinos superiores en un 85% a las cotizaciones que

se venían realizado, sin que conste que se hubiesen aportado «documentos ni informes periciales o nóminas, así como datos o asientos contables de la empresa que acreditaran esa subida en el porcentaje salarial del actor esposo de la titular de la empresa».

7. RECAUDACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

8. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

A) Recargo de prestaciones

La **STS de 10 de julio de 2012, IL J 1075**, sigue la doctrina constitucional, entre otras y más recientemente, de la **STC 21/2011**, de 14 de marzo, que mantiene el principio general de vinculación de la sentencia firme del orden contencioso-administrativo respecto a la que deba dictarse posteriormente en el orden social, pues «a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría... el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9.3 de la CE», pero posibilita la existencia de pronunciamientos distintos si existe en la ulterior sentencia motivación suficiente que exteriorice el fundamento de la conclusión contradictoria, pues «es evidente que la Sala no podía desconocer la premisa básica que con anterioridad se había establecido y que, para desestimar el recurso interpuesto por la actora, tenía que haber entrado a razonar, con una motivación suficiente que exteriorizase el fundamento de la decisión adoptada, por qué, si antes se había acordado por el Juzgado de lo Social, en una decisión judicial ya firme, que no había existido incumplimiento por la empresa de las normas sobre prevención de riesgos laborales, ahora partía de la premisa contraria», habiendo, en otro caso, dado lugar al amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Un caso de responsabilidad solidaria en materia de contratas y subcontratas puede consultarse en la **STSJ de Galicia de 3 de julio de 2012, IL J 1076/2012**, según la cual ha de acudirse a la redacción de los preceptos que regulan la responsabilidad solidaria de las empresas en estas situaciones, comenzando por el artículo 24.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en conexión con el artículo 123 de la LGSS. Puede consultarse también la **STSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2012, IL J 1143/2012**.

B) Responsabilidad Patrimonial

Según la **STS de 24 de julio de 2012, IL J 1046**, no ha lugar a la estimación del recurso de casación por responsabilidad patrimonial en el caso de un accidente de trabajo en un hospital público, pues no se realiza en el escrito de interposición del recurso una exposición razonada de la infracción legal que se imputa, a fin de que por el Tribunal Supremo se

establezca cuál de los criterios opuestos que han mantenido los tribunales es el correcto. El escrito de interposición del recurso se limita a afirmar que la sentencia de instancia confunde la indemnización por responsabilidad patrimonial reclamada con el mero reintegro de gastos y tal infracción la fundamenta en la afirmación que atribuye a la sentencia impugnada de que la parte recurrente no ha tenido ningún tipo de perjuicio a consecuencia del accidente. La imputación a la sentencia recurrida de dicha afirmación no cuenta en el escrito de interposición con un mínimo desarrollo argumental que la sustente, sobre todo a la vista del texto de la sentencia recurrida y de su fallo —que condena a la Administración demandada a pagar la suma que se concrete en ejecución de sentencia por la totalidad de los daños y perjuicios acreditados, no cubiertos por la seguridad social—, limitándose la recurrente a reproducir los perjuicios invocados en la instancia y considerados por la Sala *a quo*.

C) Enfermedad profesional

Según la **STS de 18 de julio de 2012, IL J 1063**, con independencia de que no es posible negar la relación de causalidad física o material entre el trabajo de la actora relacionado con el polvo de amianto y la enfermedad profesional que le aqueja, lo que deviene objeto de discusión es determinar si de la normativa vigente durante el tiempo en el que el trabajador prestó servicios para la empresa se podía desprender la exigencia de una actuación empresarial cuyo incumplimiento pudiera llevar a considerar el daño como hecho imputable al obligado por aquellas previsiones conforme a la doctrina de la imputación adecuada y, en definitiva, si de todo ello es posible deducir la exigencia de responsabilidad que la actora reclamaba. La sentencia llega a la conclusión de que sí, en base a la relación normativa que se cita en los fundamentos jurídicos de la sentencia. Por tanto, en relación con esta importante cuestión relativa a determinar si en la época de prestación de servicios a la empresa existía o no una normativa que exigiera de la entidad demandada introducir medidas para controlar la salud de sus trabajadores frente a los riesgos del polvo de amianto con el que trabajaban, esta Sala ha expresado claramente el contenido de las normas entonces vigentes, demostrativas de la existencia de unas reglas específicas de prevención.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES

A) Recargo de prestaciones

En relación a la valoración de la «gravedad de la falta» para imponer recargo del artículo 123 LGSS, la **STSJ de Cataluña de 17 de julio, IL J 1080/2012**, cita la sentencia del mismo Tribunal de 15 de mayo de 2012, a fin de señalar los elementos que han de considerarse: elementos: (1) mayor o menor posibilidad de accidente; (2) mayor o menor gravedad previsible de sus consecuencias para el trabajador; y (3) mayor o menor déficit de medidas destinadas a impedirlo. Recuerda la sentencia que si bien existe un amplio margen de apreciación en la determinación de la cuantía del recargo en base a los citados elementos, la «gravedad de la falta» se convierte en el parámetro legal que delimita el criterio del INSS o el fallo judicial.

El nexo causal entre el incumplimiento de una medida de seguridad y el daño producido y cuya apreciación es necesaria para imponer el recargo no es apreciado por la **STSJ de Murcia de 14 de septiembre, IL J 1275/2012**, en el caso en que un trabajador fue atropellado por una carretilla elevadora, ya que ello se debió a la negligencia de la víctima. Por un lado, la normativa de prevención y seguridad (RD 1627/1997) no exige que la firmeza de las vallas que defienden los huecos con riesgo de caída deban resistir la masa que supuso la carretilla elevadora. Por otro lado, no es posible la apreciación de que la falta de visibilidad debida a una insuficiencia de la iluminación ni la utilización de una vía única en el interior de la obra, utilizada indistintamente por vehículos y personas, tuviera relación con la producción del accidente, en tanto que la jornada había terminado y la máquina se encontraba correctamente estacionada. Tampoco la falta de formación, ya que el trabajador al mando de la carretilla fue contratado como peón y éste informó a la víctima, superior de aquel, que no tenía conocimientos de la conducción de la máquina.

B) Responsabilidad solidaria en el recargo de prestaciones

La **STSJ de Galicia de 3 de julio, IL J 1076/2012**, estima parcialmente el recurso de la empresa demandante y declara responsabilidad solidaria de la empresa principal, en un caso en donde la empresa contratista y empleadora del trabajador accidentado, debido a la mala colocación de una barandilla que no aguantó el peso de éste, no se percató de la fragilidad de dicho sistema de seguridad. La responsabilidad nace del artículo 24.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en el que se dice que «las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales». A dicha norma se remite el artículo 42.3 del RDL 5/2000, según la cual la empresa principal responderá solidariamente durante el período de la contrata «de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal».

En el mismo sentido, la **STSJ de Madrid de 27 de septiembre, IL J 1143/2012**, confirma la responsabilidad solidaria de la empresa contratista y la principal por el recargo de las prestaciones derivadas del accidente sufrido por un trabajador que realizaba la colocación de unas cortinas a cinco metros de altura, mediante el uso de andamio deficitario de cumplimiento de requisitos de seguridad, en un local del que es titular la principal. La responsabilidad solidaria se fundamenta en que ambas empresas compartían la razón social, y lo argumenta el Tribunal citando la STS de 7 de octubre de 2008 —que también es referida equívocamente por la recurrente—, y que dice que si entre las actividades que configuran la actividad de ambas está la explotación de locales para su arrendamiento, entonces se satisface el requisito de la propia actividad de la empresa ya que «parte de la actividad implica el que dichos locales se entreguen “vestidos” si así lo determina el alquiler o la cesión».

Por último, la **STSJ de Castilla y León de 31 de octubre de 2012, IL J 1280/2012**, establece la responsabilidad solidaria del promotor de una obra que había contratado su realización por empresas independientes de manera sucesiva y no de forma simultánea. Sin embargo, el artículo 3 del Real Decreto 1627/1997 insiste en que la designación de

los coordinadores en materia de seguridad y salud corresponde al promotor, y cuando se habla de que en la obra intervenga más de una empresa o una empresa y autónomos no se distingue si la actuación es simultánea o sucesiva. Por tanto, el promotor no cumplió con sus obligaciones de seguridad, por las que debió designar un Coordinador y la Dirección facultativa.

C) Responsabilidad en orden a las prestaciones

La **STS de 5 de octubre, IL J 1264/2012**, citando una rica y reciente jurisprudencia, resuelve sobre la responsabilidad subsidiaria del INSS del pago de las prestaciones en el caso de una empresa que no abona al trabajador de baja por IT en cumplimiento de su obligación de pago delegado, pero que sí descuenta su importe de los boletines de cotización a la Seguridad Social. La responsabilidad establecida en el 126.2 TRLGSS, como afirma el Tribunal, hace referencia a la de la empresa que ha incumplido sus obligaciones de afiliación, alta y cotización antes del momento del accidente. Sin embargo, si el empresario está al corriente de las obligaciones antes del accidente, la responsabilidad del pago recae sobre la entidad aseguradora, en este caso la mutua de accidentes de trabajo.

En el caso de autos, la responsabilidad del empresario del abono de la prestación se produce posteriormente al momento del accidente y trae causa de su incumplimiento de las obligaciones de colaboración en el pago del subsidio de incapacidad temporal, «tal y como se desprende del artículo 17.1.b) y 19 de la Orden de 25 de noviembre de 1966, que regula la colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social». El que no realizara el pago delegado no significa que la empresa no deje de ser responsable de su pago, y sólo si ésta fuera insolvente podría aplicarse la responsabilidad subsidiaria del INSS contenida en el 94.4 de la LGSS de 1966. Por tanto, la responsabilidad subsidiaria no encuentra amparo legal ya que, aunque sea el INSS heredero del antiguo Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, éste «asegura la eficacia de los derechos del trabajador accidentado o de sus causahabientes, pero no interviene en las responsabilidades derivadas de la relación de aseguramiento entre empresa y Mutua patronal».

10. ASISTENCIA SANITARIA

La **Sentencia del TSJ de Galicia 4134/2012, de 19 de julio, IL J 1177/2012**, resuelve un recurso de suplicación interpuesto frente a una sentencia de instancia en la que se estima parcialmente la demanda y condena al Servicio Galego de Saúde a abonar a la actora la suma de 5.892,14 euros en concepto de reintegro de gastos sanitarios. La STSJ de Galicia citada confirma la sentencia de instancia. Esta última abordó un supuesto en el que la demandante, afiliada a la Seguridad Social, sufrió un accidente de tráfico en Marruecos cuando se encontraba de vacaciones. Tras este fue trasladada en avión hasta Santiago de Compostela e ingresada en el Hospital Clínico Universitario en donde, después de ser valorada por los traumatólogos de guardia, se decidió su traslado al Hospital Montecelo de Pontevedra por pertenecer la demandante a esta área sanitaria y no existir contraindicación médica para su traslado. Una vez en el Hospital Público de Montecelo, y dado que ya tenía todas las pruebas realizadas y necesitaba tratamiento quirúrgico definitivo, se decidió su

traslado al Hospital Miguel Domínguez debido a la falta de camas en el Complejo Hospitalario de Pontevedra, donde fue ingresada, permaneciendo allí hasta que fue dada de alta. La estancia en el Hospital Miguel Domínguez generó unos gastos (medicación, estancia, honorarios médicos, pruebas diagnósticas, tratamiento quirúrgico, anestesia, etc.), por valor de 14.354,75 euros, de los cuales constan abonados por la demandante 5.892,14 euros. Consta que la demandante presentó ante el Servicio Galego de Saúde solicitud de abono de gastos, solicitud que fue denegada por, lo que interpuso reclamación previa también desestimada. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al Servicio Galego de Saúde a abonar a la actora la suma de 5.892,14 euros.

Frente a tales hechos la sentencia comentada recuerda que el art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud, dispone que: La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, «propios o concertados», salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. Y en el presente caso la demandante no acudió a un centro sanitario privado o concertado *motu proprio* o sin autorización alguna por parte del Sergas, sino que fue atendida en todo momento en los Servicios sanitarios de la Seguridad Social, que decidió su traslado al Hospital Miguel Domínguez debido a la falta de camas en el Complejo Hospitalario de Pontevedra, donde fue ingresada, permaneciendo allí hasta que fue dada de alta. En tales circunstancias no hay duda de que el abono de los gastos médicos satisfechos por ella al centro concertado debe serle reintegrado por el Servicio Galego de Saúde, a quien correspondía prestarle la asistencia sanitaria en un centro hospitalario propio o concertado. Si bien corresponde, por tanto, al Sergas, en este caso, ejercitar la correspondiente acción de repetición frente a la aseguradora responsable —bien la encargada del aseguramiento en viaje de la actora o bien la aseguradora del vehículo causante del accidente o, incluso, frente al causante directo del daño— como tercero perjudicado, ya que la ley dispone que la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, de modo que los gastos derivados de esa asistencia sanitaria en centro concertado, y que han sido sufragados por el beneficiario, deben serle reintegrados.

La **Sentencia del TSJ de Galicia 4131/2012, de 20 de julio, IL J 1168/2012**, resuelve un recurso de suplicación respecto a un supuesto de reintegro de gastos médicos por utilización de servicios ajenos a la Seguridad Social en un supuesto de hospitalización en centro psiquiátrico por orden judicial. La sentencia citada recuerda la doctrina existente respecto a la procedencia del reintegro de tales gastos relativa a la apreciación de una situación de urgencia vital, la cual exige, conforme reiterada doctrina judicial y jurisprudencia, la concurrencia de varios elementos: existencia de situación de riesgo, que la situación de riesgo sea objetiva y contrastada, que el riesgo sea inesperado, imprevisible, y que exista perentoriedad o premura en la actuación. Al respecto también se recuerda que no es menos cierto que se presenta de todo razonable asimilar a tales supuestos aquellos otros en los que —mediando la referida urgencia, entendida en los términos amplios que se han precisado— la imposibilidad de atención por la Medicina oficial venga determinada por la existencia de saturación de beneficiarios necesitados de las concretas prestaciones sanitarias (las llamadas «listas de espera») obstativa de la prestación de los servicios médicos al

interesado «en un plazo justificable desde el punto de vista médico», «habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad» (en tal sentido, la STJCE 2006/141 —Asunto Watts, de 16 de mayo—, remitiendo al art. 20 del Reglamento CE 83/2004). No obstante también se remarca que la existencia de «lista de espera» (con la consiguiente dilación en la asistencia médica debida) en manera alguna justifica por sí misma el derecho del beneficiario a ser reintegrado por la asistencia sanitaria prestada en centro ajeno a la Seguridad Social, sino que es preciso —para llegar a tal consecuencia, como en el caso de autos— que concurra igualmente la referida «urgencia vital»; precisión con la que tampoco prejuzgan —no se plantea en las actuaciones— la relación que pueda existir entre «lista de espera» y denegación de asistencia.

Aplicando tal doctrina al caso de autos la Sala entiende que el recurso ha de prosperar puesto que la situación del recurrente en el momento del ingreso en el hospital psiquiátrico «Los Abetos» era de urgencia vital y no solo por sus condiciones físicas (estado caquéctico, extrema delgadez, que hacía que incluso apenas podía ponerse en pie —estatura 161 cm y peso 35 kg—), sino por la conducta gravemente autolesiva (rechazo de alimentos, vómitos, exposición al sol para provocar hipersudoración) que venía manteniendo desde al menos el día 18 de enero de 2006, ya que ese día estuvo en urgencias por no comer, estimando el psiquiatra del SERGAS su necesidad de ingresar en el Hospital del SERGAS al día siguiente. Urgencia vital que igualmente se manifiesta por la importante duración del ingreso. Lo mismo cabe decir del requisito de la perentoriedad, ya que el recurrente acudió a la USM de Burela dependiente del SERGAS el día 19 de enero de 2006, momento en el que ya era aconsejable su ingreso psiquiátrico, y cuando se niega a tal ingreso se le cita para la semana siguiente. Pero la semana siguiente (26 de enero de 2006), cuando todavía era más evidente su deterioro físico y mental, y por lo tanto más aconsejable su ingreso psiquiátrico, no consta que se le hubiera indicado de nuevo la necesidad de ingresar, sino que se le da cita para dos meses más tarde. En función de todo ello la Sala entiende que no puede entenderse que el recurrente hubiera acudido a la medicina privada directamente y prescindiendo de la posibilidad de acudir a la medicina pública.

Finalmente, también se señala que tampoco puede entenderse que se trate de un supuesto de uso abusivo sancionado en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, porque se asiste a un ingreso judicial no voluntario *ex art.* 763 de la LEC, lo que presupone que estamos ante una persona que no está en condiciones de decidir por sí, por lo que el actor «no pudo decidir ir a la clínica privada para proceder a su ingreso con autorización judicial», ya que si pudiera haber decidido ingresar voluntariamente en la clínica no precisaba de autorización judicial para permanecer en ella, y si hubiera estado en condiciones de decidir es evidente que el Juzgado de Primera Instancia nunca habría procedido a dictar el auto. A ello ha de añadirse que la ratificación es posterior al internamiento, lo que evidencia, de nuevo, las razones de urgencia que existían en el momento del ingreso.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

La STS de 5 de octubre de 2012, IL J 1264/2012, estima que, en caso de insolvencia empresarial, el INSS no responde subsidiariamente del incumplimiento por el empresario de su obligación de pago delegado del subsidio de IT (aunque deducía las cantidades

correspondientes de las liquidaciones de cuotas a la seguridad social), pues a la fecha del hecho causante la empresa estaba al corriente en el pago de las cotizaciones, y la obligada al pago es la Mutua, sin perjuicio de la obligación de adelanto de la empresa.

La **STSJ de Extremadura de 29 de mayo de 2012, IL J 1087/2012**, confirma que no se puede extinguir la prestación de IT por incomparecencia a cita médica de revisión en aplicación del art. 131 bis LGSS cuando el trabajador no tuvo conocimiento de la citación, sino hasta después de que pasó el día señalado para la revisión y se dirigió a la Mutua justificando su falta de comparecencia cuando supo que se le había citado. De hecho, no admitió el tribunal la revisión de los hechos en el sentido de que se había dejado aviso al domicilio señalado del burofax que contenía la citación, por tratarse los documentos propuestos por la Mutua recurrente de fotocopias, inhábiles para acreditar el error del juzgador de instancia.

Finalmente, Según la **STS de 22 de octubre de 2012, IL J 1260/2012**, aunque la Disposición Adicional Quinta del RD 1300/95, que regula el responsable del pago de la prestación de IT durante la prórroga de efectos de la prestación más allá del plazo máximo, no menciona las empresas autoaseguradoras, no libera a estas, porque el propósito de esta norma es que el pago incumba a la entidad aseguradora si la incapacidad tiene su origen en contingencias profesionales.

12. MATERNIDAD

STSJ Asturias de 7 de septiembre de 2012, IL J 1147/2012. La actora lleva a cabo un trabajo de maquinista, el RD 487/1997, de 14 de abril, recoge en su apartado 29 las tareas peligrosas para las mujeres embarazadas por aplicación de la Directiva 92/85/CE; cita como actividad que puede producir riesgo de lesiones fetales o provocar riesgo de desprendimiento de la placenta la manipulación manual de cargas pesadas que supongan riesgos en particular dorsolumbares, indicando que las mujeres que se encuentren en este caso y que manejen cargas habitualmente en su puesto de trabajo, como es el caso de la actora, deberían preferentemente dejar de manejarlas, realizando durante este tiempo otras actividades.

STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012, IL J 1278/2012. La interpretación de los artículos 48.4 del ET y 133 de la LGSS no permite que se deniegue la prestación cuando se le reconocería *ex lege* si él y su pareja se hubiesen limitado a adoptar o acoger a un menor, solución que sería contraria tanto al espíritu como al contenido general de la precitada LO 3/2007 en cuanto modificadora, para acercarlo a su filosofía y postulados, del Capítulo IV bis del Título III de la LGSS, donde se ubican los arts. 133 y ss.

STSJ de Castilla y León de 2 de julio de 2012, IL J 1142/2012. Las actas de la Inspección de Trabajo gozan de una presunción *iuris tantum* de certeza (disposición adicional 4.ª 2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, y art. 53.2 del RD 5/2000, de 4 de agosto), mas ello no excluye un control jurisdiccional de los medios empleados por el Inspector/a para obtener su convicción y poder apreciar así los límites fácticos a los que resulta razonable extender aquella presunción, aparte de la posibilidad de destruir su eficacia mediante las oportunas pruebas en contrario. Y en este caso ocurre que la recurrente, sin instar la revisión fáctica de la sentencia, que deviene así firme y vincula a la Sala, ni denunciar en su

caso una indebida distribución del *onus probandi*, acude al extraño recurso de ignorar sin más la declaración factice de la sentencia para fundamentarse exclusivamente en el relato del acta de la Inspección.

13. REGÍMENES ESPECIALES

A) Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

En la **STS de 4 de octubre de 2012, IL J 1239/2012**, se analiza un supuesto de un trabajador afiliado al RETA al que se le concedió una pensión de jubilación tras haber sido pensionista por incapacidad permanente total, y siendo ya pensionista de jubilación se le suspendió por parte del INSS el percibo de tal prestación por cuanto el beneficiario había incumplido reiteradamente con el compromiso de pago de las cantidades adeudadas y aplazadas. Una vez el interesado saldó su deuda, la entidad gestora reanudó el pago de la prestación pero únicamente de las mensualidades devengadas a partir de haber realizado el antedicho pago de las cotizaciones adeudadas. El debate jurídico se plantea acerca de cuál debe ser el efecto del incumplimiento del compromiso de pago de las cuotas adeudadas tras haberse concedido un aplazamiento.

El Tribunal realiza primeramente un repaso de algunas sentencias anteriores referidas al aplazamiento de pago, entre ellas la que comentábamos en el anterior número de esta revista: la **STS de 4 de octubre de 2012, IL J 1239/2012**, relativa a cotizaciones prescritas; tras ello constata que el mecanismo de invitación el pago no es el mecanismo idóneo cuando se halla de por medio un previo aplazamiento de pago, ya que si el aplazamiento es anterior al hecho causante el interesado se halla técnicamente al corriente de pago; por el contrario, si el aplazamiento es posterior a la fecha del hecho causante entonces el interesado no se halla al corriente de pago y deberá satisfacer la deuda atendiendo a la invitación. En el caso examinado lo relevante es que en el momento de causar la prestación el interesado se hallaba al corriente de pago, y lo que suceda posteriormente respecto al puntual cumplimiento del aplazamiento de pago deberá resolverse de acuerdo con la normativa vigente de recaudación, que prescribe la reanudación del procedimiento de apremio y la ejecución de las garantías aportadas, pero sin que exista base alguna para que ello afecte retroactivamente a los derechos perfectamente causados con anterioridad. Es interesante constatar que en ningún momento el Tribunal afirma que en autos constasen elementos probatorios suficientes de un posible fraude de ley en relación al cumplimiento aparente del aplazamiento de pago únicamente en las fechas necesarias para tramitar la pensión causada, por lo que no se realizan consideraciones en este sentido argumental.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

Ante la alegación según la cual la Inspección de Trabajo que efectúa actuación de advertencia y/o requerimiento no puede iniciar un procedimiento sancionador mediante la extensión de un acta de infracción, la **STSJ de Madrid de 18 de septiembre de 2012, IL J 1276/2012**, recuerda que el requerimiento no impide el inicio de un procedimiento san-

cionador posterior, solo puede condicionarlo como circunstancia concurrente, ni produce indefensión o perjuicio irreparable.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La sentencia de la **Sala Social del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2012, IL J 1073/2012**, analiza el artículo 3.1.b) de la anterior Ley de Procedimiento Laboral, que excluía de la competencia del orden social los actos y resoluciones dictados en materia de gestión recaudatoria, y, recordando anteriores pronunciamientos de la misma Sala, considera que el orden jurisdiccional social es competente para conocer de «cuantas cuestiones se puedan plantear y tengan incidencia directa sobre el derecho al percibo de las prestaciones de Seguridad Social, y es indudable que la variación en más o en menos de la base reguladora tiene una influencia directa sobre la cuantía de la prestación».

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. DESEMPLEO.

A) **Introducción.**

B) **Cuestiones generales.**

C) **Nivel contributivo.**

- a) Sujetos beneficiarios.
- b) *Requisitos de acceso a la protección.*
- c) Contenido y modalidades de la prestación.
- d) Cuantía y dinámica de la acción protectora.
- e) Supuestos especiales.
- f) Compatibilidad e incompatibilidades.

D) **Nivel asistencial: los subsidios por desempleo.**

- a) *Requisitos generales.*
- b) *Beneficiarios.*
 - a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares.
 - b') *Subsidio de prejubilación.*
 - c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo.
 - d') Otros Subsidios Especiales.
- c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio.
- d) Compatibilidad e Incompatibilidades.

E) **Prestaciones accesorias y complementarias.**

F) **Gestión, Financiación y Pago.**

G) **Valoración Final.**

2. JUBILACIÓN.

A) **Jubilación contributiva.**

- a) *Requisitos de acceso a la protección.*

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

- 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 Supremo de 18 de octubre de 2012**, IL J 1206, 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 (del «nivel contributivo» o del «nivel asistencial») 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, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha resuelto ya dos asuntos en la materia mediante sendas sentencias de 22 de noviembre de y de 17 de enero de 2012.

Los principales factores que tienen relevancia jurídica en la decisión de este grupo de litigios son dos: a) la duración de la ausencia del territorio español, y b) la comunicación o no de esta a la entidad gestora de la protección por desempleo. También ha de ponderarse, en su caso, c) la posible concurrencia de factores de imposibilidad o grave dificultad (excesiva onerosidad), originarias o sobrevenidas, en el cumplimiento de los límites temporales y de los deberes de información previstos al efecto en la legislación de Seguridad Social.

En el supuesto que debemos resolver ahora el beneficiario de la protección del desempleo es de nacionalidad ucraniana, y había viajado a Ucrania, sin comunicarlo a la entidad gestora, desde el 4 de agosto de 2008 hasta el día 25 del mismo mes y año. En el hecho probado tercero de la resolución impugnada consta, no obstante, como causa o motivo del desplazamiento una «enfermedad cardiológica que derivó en angina de pecho de su suegro que reside en Ucrania».

La sentencia recurrida ha estimado el recurso de suplicación del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), revocando la sentencia de instancia que había condenado a dicho organismo al abono de la prestación de desempleo desde la citada fecha de 25 de agosto de 2008 hasta el 30 de enero de 2010, período durante el cual el SPEE consideró que el derecho a tal prestación se había extinguido, exigiendo la devolución de aquella por «cobro indebido» al «no comunicar la pérdida de los requisitos para su percepción».

La sentencia aportada para comparación, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) en fecha 17 de junio de 2009, ha resuel-

to en sentido opuesto un asunto sustancialmente igual, descartando el efecto extintivo de una ausencia del territorio nacional de un mes y medio.

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 (LGSS). Este precepto contiene la definición clásica de la contingencia de desempleo: situación «en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierden su ocupación o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo».

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 por 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] [art. 64.1.b)], el cumplimiento «de los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro» [art. 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» [art. 64.1.c)].

Los principales problemas de interpretación que suscita el combinado de disposiciones que se acaba de presentar se pueden reducir a cuatro: 1.º) la precisión del concepto de «traslado de residencia» al extranjero del artículo 213.1.g) LGSS, como causa de extinción de la prestación de desempleo; 2.º) la determinación del alcance, del momento y del modo de cumplimiento de las obligaciones de información o comunicación a cargo del desempleado extranjero de las ausencias del territorio español; 3.º) la determinación de si en el período de quince días de estancia en el extranjero previsto en el artículo 6.3 del RD 625/1985 la protección del desempleo se puede mantener, y en qué condiciones; y 4.º) la verificación del impacto posible de circunstancias sobrevenidas sobre el cumplimiento de las obligaciones de un lado de información o comunicación a la entidad gestora, y de otro lado de presencia en el territorio (y en el mercado de trabajo) español.

Según el artículo 231.1 LGSS, el desplazamiento o salida al extranjero del beneficiario de prestaciones de desempleo que pueda afectar a su disponibilidad efectiva, para actividades formativas o para ocupaciones en el mercado de trabajo español, ha de ser comunicado a la entidad gestora o a los servicios de empleo antes de realizar el viaje. De no comunicarse con antelación por causa de imposibilidad o excesiva onerosidad, la información sobre la circunstancia del desplazamiento se ha de producir desde el lugar de destino a la mayor brevedad posible. Por razones obvias, este deber de comunicación previa rige también para la estancia con un máximo de quince días de duración al año prevista en el artículo 6.3 del RD 625/1985.

El incumplimiento de las obligaciones de comunicar *ex ante* (para la salida programada) o inmediatamente *ex post* (para una eventual circunstancia sobrevenida) genera automáticamente la suspensión o pérdida temporal («baja») de la prestación de desempleo que corresponde a los días de estancia en el extranjero no comunicada: todos los días de estancia no comunicada si el incumplimiento ha sido total; o el exceso de días de estancia no comunicada, o no debidamente justificada, si el incumplimiento se refiere a una vuelta tardía.

Esta causa de suspensión de la prestación de desempleo no se menciona expresamente en el artículo 212 LGSS, pero responde a la razón de ser común que inspira a la mayor parte de dichas causas de suspensión de la protección. Se trata casi siempre de situaciones temporales no prolongadas en las que el beneficiario no está a disposición de los servicios de empleo españoles para actividades formativas o de trabajo, pero que no alcanzan la entidad o la gravedad de las causas de extinción de la prestación establecidas en el artículo 213 LGSS.

Ha de tenerse en cuenta, en fin, que las circunstancias personales o familiares del beneficiario de la prestación de desempleo, como las que concurren en el presente litigio, así como los casos de fuerza mayor o equivalentes, pueden tener influencia en la determinación del momento de cumplimiento de los deberes de información y documentación a cargo de los beneficiarios, que son obligaciones de hacer sometidas a las reglas generales del cumplimiento de las obligaciones.

Las propias circunstancias señaladas deben influir también en un aspecto importante de la aplicación de las normas en supuestos de ausencia del mercado de trabajo español, que es el de las sanciones administrativas a aplicar a beneficiarios de la prestación de desempleo que incumplen dichos deberes de información y documentación. A ello obliga uno

de los principios generales del derecho punitivo o sancionador, que es la proporcionalidad de las sanciones a las faltas o infracciones cometidas.

La aplicación de la doctrina general establecida en esta sentencia al caso controvertido conduce a la conclusión de que nos encontramos ante un supuesto de prestación «suspendida» y no de prestación «extinguida», como pretende la entidad gestora y ha resuelto la sentencia recurrida.

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 del RD 625/1985, se llevó a cabo 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.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

a) Requisitos generales

En la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 23 de julio de 2012**, IL J 1167, se resuelve acerca de la procedencia o no del subsidio por desempleo para mayores de 52 años en el caso en que la actora casada en régimen de separación de bienes es titular de dos bienes inmuebles, uno León y otro en Tarragona, con un valor catastral respectivo de 55.287,88 euros y 34.893,62 euros. El de León no está arrendado, no constando ningún rendimiento del mismo. El de Tarragona figura en la declaración de la renta de 2009 como arrendado, si bien con un ingreso por dicha circunstancia de 1 euro.

La sentencia del Juzgado de lo Social número Dos de los de León, de 24 de octubre de 2011, estimó la demanda deducida por doña Luisa frente al Servicio Público de Empleo Estatal, y reconoció el derecho de la demandante a lucrar subsidio asistencial por desempleo para parados mayores de 52 años de edad. De esa suerte, la citada sentencia vino a rectificar la resolución administrativa impugnada en la sede judicial, acto aquel que había denegado el subsidio solicitado por la Sra. Luisa en razón de considerar que era titular de dos bienes inmuebles en situación improductiva y que una buena gestión de ese patrimonio podría generar rentas superiores al 75% del Salario Mínimo Interprofesional.

Se recurre en suplicación el referido pronunciamiento por la legal representación del Servicio Público de Empleo Estatal, quien interesa en primer término, al amparo de lo previsto en el artículo 191.b) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión de los hechos probados de la sentencia de instancia.

En concreto, se solicita en el escrito de recurso la incorporación al relato fáctico de origen de un nuevo hecho probado con el siguiente texto: «El cónyuge de la actora... es titular de seis inmuebles en Tarragona (cinco de ellos como titular único, y uno propietario al 50% con su hermana), estando alquilados cinco de ellos por cantidades mensuales que oscilan entre 560 y 721 euros.

A juicio de la Sala, procede aceptar esa pretensión de complemento probatorio. De un lado, porque los datos que se quieren incorporar a la realidad de la contienda se encuentran documentados en autos. De otra parte, porque lo que se quiere elevar a la categoría de verdad procesal no es objeto de refutación en el escrito de impugnación de la suplicación que ahora aborda este Tribunal.

El Servicio Público de Empleo Estatal alega la infracción de lo establecido en los artículos 215.3 2) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y 7.1 del Código Civil.

Ciertamente, el artículo 215.3.2) de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción a ese apartado atribuida por el artículo 1.7 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, establece que 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, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 50% del tipo de interés legal del dinero vigente. Ahora bien, la interpretación de ese precepto y, en general, de lo que deban considerarse como rentas computables a efectos de la percepción de los subsidios por desempleo, no puede perder de vista ni la previsión constitucional que vincula las prestaciones sociales a la cobertura de situaciones de necesidad (artículo 41 de la Constitución Española), ni la proscripción del ejercicio antisocial de los derechos que se consagra en el artículo 7.1 del Código Civil, ni tampoco el fuerte contenido de solidaridad grupal o social que late en los subsidios con contenido asistencial. Y esa interpretación atemperada a las pautas normativas indicadas y a la finalidad perseguida por el legislador del nivel asistencial de la protección por desempleo habría de traducirse, en cualquier caso, en la conclusión de que no ha lugar a esa protección cuando no conste acreditada una situación de necesidad, puesto que en esos supuestos ni concurre el presupuesto de hecho de la protección ni es tampoco exigible el esfuerzo de solidaridad social inherente a ella misma. Y ello es lo que sucede en el caso que ahora examina este Tribunal, quien no alcanza a comprender por qué no se encuentra en situación productiva el inmueble de titularidad de la Sra. Luisa en la ciudad de Tarragona, cuando su esposo tiene en arriendo cinco inmuebles en esa misma localidad. Y tanto menos evidente es el concurso cierto aquí de una situación de necesidad merecedora de protección, cuando se observa que la solicitante del subsidio asistencial por desempleo es propietaria de una segunda vivienda en la ciudad de León. Es indudable que el solo hecho de que la Sra. Luisa sea titular de un determinado patrimonio inmobiliario no equivale a la disposición efectiva de rendimientos de ese patrimonio, puesto que la colocación del mismo en el mercado del alquiler no garantiza la obtención de esos rendimientos. Ahora bien, nada obra en la sentencia de instancia, y nada se dice en el escrito de impugnación de la suplicación que se está examinando, acerca del concurso cierto aquí de una decisión o determinación de la titular del patrimonio del que se está hablando para lograr esos rendimientos, cual podría ser la oferta en alquiler de uno u otro de los inmuebles a la que acaba de hacerse alusión. Es más, sí se dice en la impugnación del recurso que la vivienda de la Sra. Luisa sita en la ciudad de Tarragona se dedica a vivienda familiar en los periodos vacacionales. Pues bien, si ello es así, pese al régimen económico que rige el vínculo matrimonial existente entre la trabajadora desempleada ahora recurrida y su esposo, tampoco entiende entonces la Sala la manifiesta situación de desequilibrio económico que están

propiciando los miembros de ese vínculo, al ser uno de ellos propietario de un patrimonio gestionado en estrictos términos de utilidad productiva y dedicar su patrimonio el otro cónyuge a la mera satisfacción de un interés coyuntural y del que se beneficia el grupo familiar todo. Por ello, este Tribunal tiene que coincidir con la Abogacía del Estado recurrente en la estimación de que un uso de su patrimonio por la Sra. Luisa diligente y acomodado a las exigencias ciudadanas que dimanar del Estado Social de Derecho constitucionalmente diseñado debería precipitar, cuanto menos, que la vivienda de titularidad de esa trabajadora desempleada en la ciudad de Tarragona generara la renta mensual mínima que obtiene su cónyuge por el arriendo de las viviendas de su propiedad en la mencionada ciudad, esto es, los 560 euros a los que se hizo alusión en el primer fundamento de esta sentencia, precipitado ese determinante de la inexistencia aquí de la insuficiencia de rentas o de la situación de necesidad que abre la espita de la protección asistencial por desempleo, puesto que la referida cantidad superaría por sí sola el 75% del Salario Mínimo Interprofesional al que se refiere el artículo 215.1 1) de la ley General de la Seguridad Social. Conclusión la citada que tendría refrendo complementario en una interpretación del requisito de la carencia de rentas atemperada a esa pauta en que consiste la realidad social del momento en que la norma ha de ser aplicada (artículo 3.1 del Código Civil), puesto que la situación de profunda crisis que afecta en la actualidad a la economía y al cuerpo social de este país acrece la exigencia de que las prestaciones de protección social cumplan la finalidad querida por el legislador de las mismas».

b) Beneficiarios

b') Subsidio de prejubilación

En la **Sentencia del Tribunal Superior de Galicia de 18 de Julio de 2012**, IL J 1180, se resuelve acerca de la procedencia o no del subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

El subsidio fue denegado por resolución de la Dirección Provincial del SPEE de fecha 18 de septiembre de 2008, alegándose que la solicitante no se encuentra en ninguna de las situaciones del artículo 215 de la LGSS.

La sentencia de instancia desestima la demanda sobre reconocimiento de subsidio de desempleo para mayores de 52 años absolviendo libremente a los demandados INEM e INSS. Y contra este pronunciamiento recurre la parte actora articulando un primer único motivo de suplicación al amparo del art. 191.c) de la LPL, en el que denuncia infracción, por aplicación indebida del art. 48 del Reglamento 1408/1971 de la UE de 14 de junio de 1971, así como infracción por inaplicación del art. 67 del mismo Reglamento 1408/1971, por interpretación errónea del art. 215 de la Ley General de la Seguridad Social e infracción de la Jurisprudencia.

La cuestión central del presente recurso se concreta a resolver si a la actora le asiste el derecho al percibo de subsidio de desempleo para mayores de 52 años, tras haber retornado de Suiza, país en el que trabajó por cuenta ajena desde 1978 al año 1998 y del año 2000 al 2007, acreditando en España encontrarse de alta como demandante de empleo desde el 6 de marzo de 2008, habiéndosele reconocido una Renta Activa de Inserción desde el 8 de

marzo de 2008 al 30 de agosto de 2008, y sin haber cotizado en último lugar a la Seguridad Social española. La respuesta que ha de darse a la cuestión controvertida debe ser la de desestimar el recurso, sobre la base de las siguientes consideraciones:

En primer término, como señala la STS/IV de 17 de diciembre de 1997 (Recurso núm. 4130/1996, RJ 1997\9481), la STJCE de 20 de febrero de 1997 (asunto Martínez Losada y otros), declara en el fallo que «Un subsidio como el previsto por la Ley de la Seguridad Social española en favor de los desempleados mayores de cincuenta y dos años constituye una prestación de desempleo» a efectos del ordenamiento comunitario de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, añadiendo a continuación que «El artículo 48 del citado Reglamento no es aplicable a las prestaciones de desempleo». Estas dos declaraciones van acompañadas de una tercera según la cual «Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si el requisito impuesto por el apartado 3 del artículo 67 del Reglamento número 1408/1971 [...] se cumple cuando el interesado no haya ejercido nunca una actividad por cuenta ajena en dicho Estado pero el organismo competente en materia de desempleo haya cotizado en su nombre a los regímenes de seguro».

El requisito al que se refiere el artículo 67.3 del citado Reglamento comunitario es el de haber acreditado períodos de seguro en la Seguridad Social del país que concede la prestación de desempleo; es decir, en nuestro caso, en la Seguridad Social española. Es de notar que este precepto de Derecho comunitario no cuantifica los períodos de seguro exigidos, por lo que debe entenderse que no se requiere, como en el supuesto del artículo 48 para las pensiones de vejez y muerte, un mínimo de un año de duración de la relación de aseguramiento.

Sentado lo anterior, es también reiterada doctrina de la Sala Social del TS (Sentencias de 28 de octubre de 1999, recurso n.º 4601/1998, RJ 1999\9106, y 27 de septiembre de 1999, recurso n.º 3643/1998, que por primera vez valora la STJCE de 25 de febrero de 1999, asunto Ferreiro Alvite), es indispensable para acceder al subsidio de desempleo para mayores de 52 años reunir la cotización por jubilación por un período mínimo de 15 años, bien hayan sido cotizados en su totalidad al régimen de la Seguridad Social española, o en su totalidad a regímenes de Estados miembros de la Comunidad, o en parte a la Seguridad Social española y en parte a Estados miembros de la Comunidad, sin que este requisito pueda ser sustituido con tener derecho a la pensión de jubilación en cualquiera de los Estados miembros de la Comunidad. Y en el presente caso, la actora cumple con los 15 años cotizados a efectos de poder acceder a la prestación asistencial que reclama.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 215.1.3 de la LGSS, serán beneficiarios del subsidio cuestionado: «Los trabajadores mayores de cincuenta y dos años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que se encuentren en alguno de los apartados anteriores, hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social».

En orden a los requisitos del subsidio reclamado, el referido párrafo exige encontrarse en alguna de las situaciones previstas en los párrafos anteriores, y examinando cada uno de los números precedentes, se observa: El número uno, párrafo uno, establece la necesidad de figurar inscrito como demandante 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 profesional, y carecer de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. A continuación enumera cinco situaciones o causas que dan lugar a la presentación asistencial, de las que a los efectos enjuiciados solo interesan las tres primeras, que rezan del modo siguiente:

- a) Haber agotado la prestación por desempleo y tener responsabilidades familiares.
- b) Haber agotado un derecho a prestación por desempleo de, al menos trescientos sesenta días de duración, carecer de responsabilidades familiares y ser mayor de cuarenta y cinco años de edad en la fecha del agotamiento.
- c) Ser trabajador español emigrante que habiendo retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista Convenio sobre protección por desempleo, acredite haber trabajado como mínimo doce meses en los últimos seis años en dichos países desde su última salida de España, y no tenga derecho a la prestación por desempleo.

Y en el presente caso la actora no cumple con el requisito de haber agotado prestación por desempleo, ni con lo dispuesto en el art. 67 del Reglamento 1408/1971, que cita, lo que no permite apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos por el citado precepto para acceder al subsidio que reclama, pues como señalan las SSTS/IV de 9 y 14 de octubre de 2008 (Rec. n.º 3974/2007 y Rec. n.º 3165/2007, RJ 2008\7038) y las de 13 y 19 de mayo de 2009 (Rec. n.º 2607/2008 y 3516/2008) y 13 de febrero de 2012 (Recurso 1231/2011), el Tribunal Europeo, en sus sentencias de 20 de febrero de 1997 (TJCE 1997\31), Martínez Losada y otros, de 25 de febrero de 1999 (TJCE 1999\32), Ferreiro Alvite, e incluso en la de 4 de marzo de 2002 (TJCE 2002\103, Marie-José Verwayen), llegó a la conclusión reiterada de que las reglas de totalización de períodos para poder acceder a prestaciones por desempleo en cualquier país comunitario se hallaba supeditada, salvo en los supuestos del art. 71 al que se remite el propio art. 67.3, al requisito de que el interesado hubiera cubierto en último lugar períodos de seguro o de empleo con arreglo a la legislación a cuyo amparo fueran solicitadas las prestaciones por desempleo, bajo la premisa, mantenida con toda claridad en la sentencia Ferreiro Alvite (punto 16) de que, «según el art. 67 de este Reglamento (LCEur 1983\4111), la concesión de una prestación de desempleo está subordinada a dos tipos de requisitos: por una parte, al requisito anunciado en el apartado 3 de dicha disposición (en lo sucesivo «requisito comunitario»), y por otra parte, al requisito o los requisitos previstos en la legislación nacional (en lo sucesivo «requisitos nacionales»).

La exigencia del «requisito comunitario» sólo se cumple con arreglo a aquellas sentencias y en aplicación del art. 67.3 denunciado si el interesado cotizó en último lugar en el Estado del lugar en que solicita la prestación, de forma que (punto 18 de la sentencia Ferreiro Alvite); «si resultase que el interesado no cotizó en último lugar al régimen de Seguridad Social española y que tampoco procede considerar que así fue, dicho interesado no tendría derecho a la prestación controvertida en virtud del art. 76 ni en virtud del art. 51 del Tratado. Por el contrario, si cotizó en último lugar al régimen de Seguridad Social español o debe considerarse que así fue, procede examinar si se cumplen los requisitos nacionales».

Y de acuerdo con ello se dictaron reiteradas sentencias por la Sala IV del Tribunal Supremo, en concreto SSTS de 7 de mayo de 1998 (rec. 4630/96 [RJ 1998\4584]), 18 de junio de 1998 (rec. 2989/97 [RJ 1998\5409]), 13 de octubre de 1998 (rec. 507/98 [RJ 1998\7810]), 25 de marzo de 1999 (rec. 1003/98 [RJ 1999\3517]), 7 de marzo de 2005 (rec. 894/04 [RJ 2005\3403]), en todas las cuales se estimó cumplido el indicado requisito cuando el demandante retornado había estado disfrutando de aquel específico «subsidio para emigrantes retornados» (suprimido desde la Ley 45/2002, de 12 de diciembre). Pero por la misma razón se entendió que dicha exigencia no la cubría quien en ningún momento había cotizado en último lugar en el lugar de reclamación, cual ocurrió en el caso contemplado por la STS de 29 de junio de 2006 (rec. 4133/2004 [RJ 2006\7057]), en aplicación del art. 67.3 discutido.

A partir de tales consideraciones, ha de llegarse a la conclusión de que en el caso de autos la demandante no cumple aquel «requisito» del art. 67.3 del Reglamento (CEE [LCEur 1983\4111]), pues consta que su última cotización la realizó en Suiza y no en España. A este respecto, señala la citada STS de 13 de febrero de 2012 (Recurso 1231/2011), «parece elemental entender que esta cotización vaya referida a la contingencia de cuyo reconocimiento se trata», siendo así que en el presente caso el art. 4.3 del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, dispone que: «Durante la percepción de la renta activa de inserción el Servicio Público de Empleo Estatal ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo establecido en los apartados 1 y 4 del artículo 218 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio», que hacen referencia a asistencia sanitaria y protección a la familia, dado que sólo en caso de subsidio para mayores de 52 años está prevista la cotización por jubilación, de manera que al estar excluida la cotización por desempleo, es del todo lógico entender que no se cumple el requisito de «arraigo» a efectos de obtener subsidio por desempleo por el hecho de tener reconocida una renta activa de inserción, por lo que se está en el caso de confirmar la denegación de la prestación solicitada, al no reunir la actora aquella exigencia del Reglamento, con la consiguiente desestimación del recurso y confirmación del fallo de instancia.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) *Requisitos de acceso a la protección*

— Jubilación forzosa en convenio colectivo.

La **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 4 de julio de 2012, IL J 1068/2012**, reitera la doctrina sobre la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo que, a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, viene manteniendo la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, en particular sobre el «cómo» han de expresarse los objetivos «coherentes» con la política de empleo: 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 (la DA 10.^a ET), ni tampoco es suficiente que se haga una mera reproducción de su abstracta expresión legal, 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. 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. Considera el Tribunal Supremo que esta última exigencia es la que habrá de aplicarse, por cuanto la DA 10.^a ET establece «que la jubilación forzosa por edad “deberá vincularse a objetivos... expresados en el convenio colectivo”, y el significado de la palabra vincular [“atar o fundar algo en otra cosa”, en su primera acepción, conforme al DRAE] claramente apunta a que la sujeción ha de ser expresa y tener por sujetos a los firmante del Convenio. El precepto no dice que “estará justificada” o “habrá de justificarse” la medida, sino que utiliza una expresión [“deberá vincularse a objetivos... expresados”] que comporta un expreso enlace entre cese y metas explicitadas, excluyendo justificaciones tácitas y/o argumentables *a posteriori* en el proceso». En consecuencia, estima la Sentencia que el artículo 33.11 del Convenio Colectivo Estatal para la Industria Química alude a la medida de rejuvenecimiento de plantillas como fórmula de acomodación a la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, cuando no cabe atribuir semejante finalidad como objetivo único perseguido por las normas convencionales. «Pero la misma, así como la nueva contratación deberán actuar en forma acumulativa en lugar de servir como única posibilidad y limitada a la mera sustitución de un trabajador, el cesado por jubilación, aun cuando el puesto no fuera el mismo, pues nos hallaríamos ante una mera sustitución si coincide el puesto o ante una amortización encubierta si no lo hace. El rejuvenecimiento de plantillas no puede ser por sí sola la finalidad habilitante para la extinción de los contratos sino que deberá actuar unida al mantenimiento de empleo y dicho objetivo no puede lograrse con una mera sustitución de un trabajador por otro, criterio adoptado por la empresa, que no cabe considerar ajustado a la actual finalidad de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores».

En el mismo sentido se pronuncia la **Sentencia del TSJ de Madrid 562/2012, de 18 de julio, IL J 1181/2012**, que considera despido improcedente la extinción del contrato de trabajo de un trabajador por aplicación indebida, en relación con el artículo 31 del Convenio Colectivo de TVE y la DA 10.^a del ET, e inaplicación del artículo 56 del ET. La Sentencia declara que «las plazas de los jubilados no serán amortizables, no concibiéndose la jubilación como una mera causa de extinción de la relación laboral, sino como una forma instrumental de incorporar al mercado de trabajo a personas desempleadas, estando aquélla condicionada a la cobertura de la plaza ocupada por el jubilado por otro trabajador, pero sin que en ningún caso pueda producirse la amortización del puesto, siendo por tanto *condictio sine qua non* para que la jubilación se produzca que se cumpla el objeto de la misma, que es el acceso de otra persona desempleada al puesto de trabajo que como consecuencia queda vacante». En la Sentencia citada se establece que, producida la extinción

del contrato de un trabajador por jubilación por edad establecida en el convenio colectivo, «la vacante ha de ser inmediatamente sacada a concurso público para su cobertura por el medio legalmente establecido y, lógicamente, en su caso, servida de forma interina hasta su ocupación por el nuevo titular, porque la plaza que no es amortizada, ha de ser ocupada en todo momento, sin solución de continuidad, no justificándose el cese de un trabajador sino hasta que la misma se cubra por aquél al que posteriormente se le asigne», sin que pueda en absoluto quedar al arbitrio de la empleadora la dilación sin límites de la cobertura del puesto de trabajo de un trabajador jubilado, «porque de entenderse así quedaría burlada la finalidad de la norma, sin poderse además controlar por los Jueces y Tribunales el cumplimiento de los requisitos convencionales para determinar si la jubilación del trabajador es o no conforme a ellos, lo que llevaría a dejar la norma vacía de contenido, por lo que es claro que las condiciones han de cumplirse en el mismo momento en el que se produce la jubilación forzosa a ellas supeditada».

— Contrato de trabajo a tiempo parcial. Igualdad entre mujeres y hombres.

En relación con la jubilación anticipada se debe destacar la muy importante **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2012, IL J 1102/2012**, recaída en el asunto C-385/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Social de Barcelona, mediante auto de 4 de julio de 2011, recibido en el Tribunal de Justicia el 19 de julio de 2011, en el procedimiento entre una trabajadora y el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).

La demandante en el asunto principal presentó una solicitud ante el INSS para obtener una prestación de jubilación. Anteriormente, había trabajado exclusivamente como limpiadora de una comunidad de propietarios durante 18 años, a jornada parcial de 4 horas a la semana, es decir, el 10% de la jornada legal en España, que es de 40 horas semanales. Mediante resolución de 13 de octubre de 2009 le fue denegada esta prestación por no reunir el período mínimo de cotización de quince años, exigido para poder causar derecho a la pensión de jubilación, según lo dispuesto en el artículo 161, apartado 1, letra b), de la LGSS. Tras la desestimación de su reclamación, la demandante en el litigio principal interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Social de Barcelona, alegando que la disposición adicional séptima de la LGSS, en virtud de la cual se le había denegado la pensión, vulnera el principio de igualdad. En efecto, aduce que dicha disposición exige un mayor período de cotización al trabajador a tiempo parcial respecto al trabajador a tiempo completo, aun con el factor de corrección que supone el multiplicador 1,5, para acceder a una prestación que ya es proporcionalmente más reducida. Además, la demandante en el litigio principal sostiene que esta norma supone una discriminación indirecta, al ser un hecho estadístico incontrovertible que las trabajadoras son las principales usuarias de este tipo de contrato (el 80%, aproximadamente).

Según el Juzgado remitente, puesto que la DA 7.^a de la LGSS computa exclusivamente las horas trabajadas y no el período de cotización, es decir, los días trabajados, comporta, a la postre, la doble aplicación —aunque corregida— del principio *pro rata temporis*. En efecto, exige proporcionalmente un mayor tiempo de cotización para causar derecho a una pensión de jubilación, la cual será también proporcionalmente reducida en su salario regulador en razón de la parcialidad de la jornada. De ello se sigue que se exige una mayor

carencia de cotización al trabajador a tiempo parcial, en inversa proporción a la reducción de su jornada, para acceder a una pensión que en su importe ya se ve directa y proporcionalmente reducida en razón de la parcialidad de jornada. El Juzgado remitente señala asimismo que, en el caso de la demandante en el litigio principal, la aplicación de la DA 7.^a de la LGSS implica que el pago de cotizaciones durante 18 años al 10% de la jornada equivalen, en vista del cálculo del período de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación, a un pago de cotizaciones durante un período de menos de 3 años, por lo cual, de mantenerse en un contrato parcial de 4 horas a la semana, la demandante en el litigio principal tendría que trabajar 100 años para acreditar la carencia mínima necesaria de 15 años que le permitiera el acceso a una pensión de jubilación de 112,93 euros al mes. En estas circunstancias, el Juzgado de lo Social de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- I. ¿Entraría dentro del concepto de «*condición de empleo*» al que se refiere la prohibición de discriminación de la cláusula 4.^a de la Directiva 97/81 una pensión de jubilación como la regulada por el Sistema de Seguridad Social español en el nivel contributivo, resultante de las cotizaciones efectuadas por y a favor del trabajador durante toda su vida laboral?
- II. En caso de que se hubiera respondido afirmativamente a la primera cuestión, ¿la prohibición de discriminación que contempla dicha cláusula debe ser interpretada en el sentido de que impediría o se opondría a una norma nacional que —como consecuencia de la doble aplicación del «principio *pro rata temporis*»— exija a los trabajadores a tiempo parcial, 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?
- III. Como cuestión complementaria a las anteriores, ¿puede ser considerada como uno de los «*elementos y condiciones de retribución*» al que se refiere la prohibición de discriminación del artículo 4.º de la Directiva 2006/54 —y el propio art. 157 [TFUE]— una regulación como la española (contenida en la DA 7.^a de la LGSS) del sistema de cotización, acceso y cuantificación de la pensión de jubilación contributiva para los trabajadores a tiempo parcial?
- IV. Como cuestión alternativa a las anteriores, caso de que la pensión de jubilación contributiva española no se entendiera ni como «condición de empleo» ni como «retribución», ¿la prohibición de discriminación por razón de sexo, directa o indirecta, que contempla el art. 4.º de la Directiva 79/7 debe ser interpretada en el sentido de que impediría o se opondría a una norma nacional que —como consecuencia de la doble aplicación del «principio *pro rata temporis*»— exija 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?

La Sentencia del TJUE citada declara: 1.^a Que están incluidas en el concepto de «retribución», en el sentido del artículo 157 TFUE, apartado 2, las pensiones que dependen de

la relación de empleo que vincula al trabajador con el empleador, con exclusión de las que se derivan de un régimen legal a cuya financiación contribuyan los trabajadores, los empleadores y, en su caso, los poderes públicos en una medida que depende menos de tal relación de trabajo que de consideraciones de política social (sentencia de 10 de junio de 2010, Bruno y otros, C-395/08 y C-396/08, Rec. p. I-5119, apartado 41 y la jurisprudencia citada). De este modo, no pueden incluirse en este concepto los regímenes o prestaciones de seguridad social, como las pensiones de jubilación, regulados directamente por la ley, sin que haya existido ningún tipo de concertación dentro de la empresa o de la rama profesional interesada, y que son obligatoriamente aplicables a categorías generales de trabajadores (véase la sentencia de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, Rec. p. I-9383, apartado 27 y la jurisprudencia citada). 2.^a Que están comprendidas en el concepto de «condiciones de empleo», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, las pensiones que dependen de una relación de trabajo entre el trabajador y el empleador, con exclusión de las pensiones legales de seguridad social, que dependen menos de tal relación que de consideraciones de orden social (sentencia Bruno y otros, antes citada, apartado 42). 3.^a Que una pensión como la discutida en el litigio principal resulta ser una pensión que depende menos de una relación de trabajo entre trabajadores y empleadores que de consideraciones de orden social y a la que, por tanto, no se le aplican el artículo 157 TFUE y 4 del Acuerdo marco. 4.^a Que es cierto que las consideraciones de política social, de organización del Estado, de ética, o las razones de carácter presupuestario que influyeron o pudieron influir en que el legislador nacional estableciese un determinado régimen no pueden prevalecer si la pensión sólo afecta a una categoría particular de trabajadores, si está directamente en función de los años de servicio cumplidos y si su cuantía se calcula basándose en el último sueldo (sentencia Bruno y otros, antes citada, apartado 47). En cualquier caso, sin embargo, no se cumple la primera de esas tres condiciones. 5.^a En consecuencia, ni el artículo 157 TFUE ni, por consiguiente, el artículo 4 de la Directiva 2006/54, cuya finalidad es aplicar esa primera disposición, ni la cláusula 4 del Acuerdo marco pueden considerarse aplicables a una pensión como la controvertida en el litigio principal.

Sin embargo, la Sentencia del TJUE considera que dicha pensión puede estar comprendida en el ámbito de la Directiva 79/7, por cuanto forma parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados en el artículo 3, apartado 1, de esta Directiva, la vejez, y está directa y efectivamente vinculada con la protección contra ese riesgo (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de octubre de 2011, Brachner, C-123/10, Rec. p. I-0000, apartado 40). A este respecto, la Sentencia recuerda que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe discriminación indirecta en el sentido del artículo 4 de la Directiva 79/7 cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres (véase, en particular, la sentencia Brachner, antes citada, apartado 56). Pues bien, la Sentencia considera al respecto que una normativa como la controvertida en el litigio principal perjudica a los trabajadores a tiempo parcial tales como la demandante en el litigio principal, que durante mucho tiempo han efectuado un trabajo a tiempo parcial reducido, puesto que, a causa del método empleado para calcular el período de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación, dicha normativa priva en la práctica a estos trabajadores de toda posibilidad de obtener tal pensión. Por otro lado, se estima estadísticamente probado que una normativa como la controvertida en el litigio principal afecta

a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres, por cuanto en España al menos el 80% de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres.

De ello se sigue que tal normativa es contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, a menos que esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Así sucede cuando los medios elegidos responden a una finalidad legítima de la política social del Estado miembro cuya legislación se cuestiona, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por ésta y son necesarios a tal fin (véase, en este sentido, la sentencia Brachner, antes citada, apartado 70). Al respecto, la Sentencia concluye que la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial como la demandante en el litigio principal de toda posibilidad de obtener una pensión de jubilación no constituye una medida efectivamente necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema de seguridad social de tipo contributivo, al que se refieren el INSS y el Gobierno español, y considera que ninguna otra medida menos gravosa para esos mismos trabajadores permita alcanzar ese objetivo.

Por consiguiente, la Sentencia declara que el artículo 4 de la Directiva 79/7 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 con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada.

— Jubilación parcial-Contrato de relevo.

La cuestión que se plantea en la **Sentencia del TS (Sala 4.ª) de 5 de noviembre de 2012, IL J 1246/2012**, versa sobre los requisitos legales exigidos para el reconocimiento del derecho a la jubilación parcial, especificados en los arts. 166.2 de la LGSS y 12.6 y 7 del ET. En particular, se trata de determinar las características que ha de reunir el contrato de relevo que la empresa deberá «*concertar simultáneamente*» con la jubilación parcial y, más concretamente, el alcance del requisito de que el puesto de trabajo que deja parcialmente libre el jubilado parcial sea «*el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista*» [art. 166.2.d) LGSS y art. 12.7 ET]. La interpretación del complejo de normas legales a tener en cuenta para la decisión del caso ha sido ya realizada por esta Sala del Tribunal Supremo en STS/IV de 23 de noviembre de 2011 y STS/IV de 24 de abril de 2012. La doctrina mantenida al respecto por el Tribunal Supremo se puede resumir en los siguientes puntos: «1) además de facilitar el acceso gradual a la jubilación y la renovación de las plantillas de las empresas, la regulación legal de la jubilación parcial pretende otros dos objetivos, uno de política de empleo que es evitar la pérdida de puestos de trabajo, y otro de salud financiera de la Seguridad Social que es evitar una merma sustancial en la recaudación de las cotizaciones sociales; 2) el requisito de identidad o similitud de los puestos de trabajo del jubilado parcial y del relevista, y la pertenencia al mismo grupo profesional y a la misma o equivalente categoría profesionales como criterio de definición de tales identidad o similitud, no es de exigencia ineludible, en cuanto que las propias normas legales han previsto excepciones «reglamentarias» a la misma; 3) sí es, en cambio, de exigencia ineludible la correspondencia sustancial de las cotizaciones sociales, cifrada en

el mínimo del 65% de la cotización del relevista respecto de la del relevado; y 4) la Ley 27/2011, no aplicable al caso por razones cronológicas, clarifica no obstante el panorama interpretativo, en cuanto que suprime la referencia al trabajo igual o similar, limitando la comparación de los puestos de trabajo del jubilado parcial y del relevista a la regla citada de correspondencia sustancial de cotizaciones sociales».

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

— Conceptos computables en la base reguladora. Cotización fraudulenta.

En la **Sentencia del TSJ de Castilla y León 540/2012, de 12 de julio, IL J 1202**, se declara que no son computables en la base reguladora de la pensión de jubilación los incrementos salariales establecidos en función de la proximidad de la jubilación, extendiéndose esta limitación a todo el periodo en que se cometió el fraude.

Se aplica la doctrina ya unificada, recogida en numerosas Sentencias del Tribunal Supremo y en Sentencias de las Salas de lo Social de diferentes Tribunales Superiores de Justicia, respecto a la interpretación del art. 162 de la LGSS, que se concreta, como señala esta Sentencia, en dos criterios diferenciados: el primero, la exclusión automática y desligada de todo fraude de los incrementos de cotización consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimental en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, del correspondiente sector, así como la exclusión en todo caso de aquellos incrementos pactados exclusiva o fundamentalmente en función del cumplimiento de una determinada edad próxima a la jubilación. El segundo, la ampliación de la exclusión de los incrementos a un periodo superior a los dos últimos años citados, cuando exista fraude de ley en su determinación.

Igual pronunciamiento se contiene en la **Sentencia del TSJ de Castilla y León 562/2012, de 19 de julio, IL J 1175**, que, además, añade que la previsión contraria al fraude introducida por el Real Decreto-ley 13/1981, que se refundió en 1994 dentro del art. 162 de la LGSS, quedó alterada en su lógica por la Ley 26/1985, al modificar esta Ley el periodo de cómputo de la base reguladora, ampliándolo a los ocho años anteriores al hecho causante y sin posibilidad alguna de elección por el interesado. En este contexto el periodo de los dos años últimos sólo tiene como referencia el último periodo no actualizable en función de las subidas del índice del precio al consumo. Se planteó por tanto la cuestión de si, ante este cambio normativo, la aplicación del Real Decreto-ley 13/1981 debía responder a la literalidad de la norma, suprimiendo exclusivamente las elevaciones de bases de cotización producidas en los dos últimos años, o, por el contrario, debía interpretarse que había que extender la supresión de subidas salariales a todo el nuevo periodo de referencia de ocho años. La doctrina unificada del Tribunal Supremo vino a interpretar que no se debe entender ampliado el plazo de dos años, después de la Ley 26/1985, a un periodo de tiempo superior, so pretexto de un vacío legal, inexistente, pero ello no impide sancionar conductas fraudulentas y anti-sociales, no comprendidas en el Real Decreto-ley 13/1981, mediante la aplicación de los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil. Señala el Tribunal Supremo que «No hay que

olvidar que la finalidad del Real Decreto Ley 13/1981 es garantizar una cierta contributividad del sistema en un contexto en el que sólo se tomaban en consideración las bases de dos años naturales a efectos de calcular la base reguladora de la pensión, pero que esa misma contributividad constituye una finalidad central tanto de la reforma producida por la Ley 26/1985, que extendió el periodo de referencia a ocho años, como de la posterior Ley 24/1997 (RCL 1997, 1806), que lo extendió a quince años. Es más, sabido es que existe la posibilidad de que en el futuro se extienda el periodo de cálculo de la base reguladora a toda la vida laboral del interesado. En este nuevo contexto la extensión de la aplicación del Real Decreto Ley 13/1981 a todo el periodo de referencia conduciría a la vuelta a un sistema de bases tarifadas, al no permitirse el alejamiento de las bases de cotización de los salarios mínimos garantizados por convenio colectivo, lo que desde luego no se compadece con el actual sistema de cotización en función del salario real del trabajador. No hay que olvidar que la contributividad que intentaba garantizar el Real Decreto Ley 13/1981 se obtiene de una manera mucho más perfecta mediante las reformas posteriores, por lo que no cabe realizar una interpretación extensiva del contenido del mismo (hoy del artículo 162.2 de la Ley General de la Seguridad Social), ya que actualmente para conseguir una alteración sustancial de la base reguladora de la pensión mediante una subida salarial sería preciso que esta última se produjese con mucha antelación al momento de la jubilación y se mantuviese durante muchos años, de forma que la relación entre el coste de la cotización inherente a la subida salarial y el beneficio consistente en la elevación de la cuantía de la pensión no implica ya el desproporcionado beneficio que se podía producir cuando únicamente se tomaban en cuenta dos años de cotización».

En conclusión, declara la Sentencia que la norma del art. 162.2 de la LGSS, al menos desde la reforma de 1997, no puede aplicarse de forma extensiva más allá de la literalidad del texto legal, sin perjuicio de que los fenómenos de fraude de Ley o de abuso de derecho hayan de tener su sanción jurídica, conforme a los artículos 6 y 7 del Código Civil y la doctrina citada del Tribunal Supremo.

d) Derecho transitorio

— SOVI: Periodo de carencia y días por parto de hijo (cotizaciones ficticias).

La **Sentencia del TS (Sala 4.ª) de 20 de julio de 2012, IL J 1052/2012**, declara que no es posible computar los 112 días de cotización ficticia por nacimiento de hijo que la DA 44.ª LGSS, redactada de conformidad a la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, establece cuando el alumbramiento tuvo lugar en fecha posterior al 1 de enero de 1967, porque el régimen SOVI se extinguió en dicha fecha. Se trata de una cuestión sobre la que existe ya doctrina unificada.

El Tribunal Supremo ya tiene declarado, en relación con su naturaleza, que las pensiones de SOVI se enmarcan en un sistema de protección social que tiene un evidente carácter residual, del que deriva su conservación con arreglo a su propia normativa para las situaciones expresamente previstas en las disposiciones transitorias de la LGSS, sin que en principio les sean de aplicación los preceptos dictados para el actual sistema de la Seguridad Social. Ha afirmado, además, la naturaleza subsidiaria de sus prestaciones, en el sentido de que se condiciona su reconocimiento a que «el posible beneficiario no tenga

derecho a ninguna pensión en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social».

Partiendo entonces de esa naturaleza residual del SOVI, la doctrina unificada por el Pleno de la Sala afirma, en relación con la aplicación de la Ley de Igualdad, que «... no puede obviarse que la misma ha sido introducida por la Disp. Ad. 18.^a 23 por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres... lo que obliga a abordar la cuestión suscitada en el litigio desde la perspectiva marcada por dicha Ley... cuya finalidad —art. 1. — es la de “hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres... sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para en el desarrollo de los arts. 9.2 y 14 CE, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria”. La dimensión transversal que impregna toda la regulación de la igualdad contenida en la LOIMH ha de incidir en todos los ámbitos de actuación que están afectados por los principios de esa norma orgánica y “sin duda lo está la normativa laboral y de Seguridad Social”. En este sentido, la “Disp. Ad. 44.^a LGSS, introducida por la Disp. Ad. 18.^a 23 LOIMH, se refiere a ‘cualquier régimen de Seguridad Social’, lo que no puede ser interpretado en una literalidad estricta y con el tecnicismo propio de la normativa de seguridad social que preserva esta denominación para el sistema de protección nacido a partir de 1967. Y ello porque la finalidad del precepto no es mejorar la vida laboral de las trabajadoras que hayan cotizado a la seguridad social, sino beneficiar a todas las mujeres cuando hayan de obtener beneficios prestacionales o sociales derivados de su actividad laboral, pues esa actividad laboral la que se ha visto afectada por la circunstancia derivada de su sexo. Es cierto que las normas de Seguridad Social no se aplican al SOVI, pero la lectura de la Disp. Ad. 44.^a LGSS... lo que el precepto hace es no excluir expresamente a quienes estuvieron integradas en el SOVI”. La Ley sirve al objetivo de paliar los efectos de la situación de discriminación ya producida y la que puede surgir, es en este sentido una medida de acción positiva querida por el legislador que no puede obviar el dato de que el colectivo afectado (pensionistas de SOVI) está integrado fundamentalmente por mujeres y que, a mayor abundamiento, si no acreditan ulteriores trabajos y cotizaciones bajo la vigencia del sistema de Seguridad Social es, también mayoritariamente, porque abandonaron el mercado laboral a consecuencia de su matrimonio y ulterior maternidad. Negar el beneficio a los pensionistas SOVI supone una negación que afectará fundamentalmente a mujeres que, además, abandonaron sus carreras laborales y de seguro en razón de la circunstancia biológica de la femineidad».

De esta forma, el Tribunal Supremo considera que el beneficio otorgado en la Disposición Adicional 44.^a se aplica a todas las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la Ley de Igualdad —*ex* Disposición Transitoria 7.^a 3 —, con independencia de la fecha de la legislación por la que se rijan. En consecuencia, el criterio para acudir a la suma de los 112 días ficticios es el de la fecha en que se cause la prestación y no la de la vigencia del régimen en que se cause. La doctrina anterior fue completada en las sentencias de esta Sala de 12 de diciembre de 2011 (recurso 589/2011) y 23 de enero de 2012 (recurso 1722/2011) para resolver el mismo problema, declarando que la aplicación de los beneficios ficticios de la DA 44.^a LGSS únicamente podrán incidir en prestaciones que se correspondan con el momento, la fecha del alumbramiento de los hijos de que se trate, de manera que si éstos nacieron después del 1 de enero de 1967 no será posible imputar

esas cotizaciones ficticias a un sistema de previsión inexistente en el momento en que se produjo el hecho, a diferencia de lo que ocurre en las situaciones en que los nacimientos de los hijos ocurrieron durante el momento en que esa circunstancia, el parto, impidió completar la carencia en el SOVI, pero en modo alguno cuando el parto o los partos ocurrieron después, cuando no podía completarse el periodo de cotización al SOVI. Por el contrario, esas cotizaciones ficticias previstas en la DA 44.^a, 112 días completos por cada alumbramiento de un solo hijo, sí podrían ser efectivas —salvo que se hubiese cotizado en la totalidad del periodo de 16 semanas— en el régimen general de la Seguridad Social, vigente desde la repetida fecha de 1 de enero de 1967, precisamente porque los partos tuvieron lugar en años posteriores a ese momento.

En consecuencia, la doctrina unificada por el Tribunal Supremo, que se aplica en esta Sea, es que el beneficio otorgado en la Disposición Adicional 44.^a se aplica a todas las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la Ley de Igualdad —*ex* Disposición Transitoria 7.^a 3—, con independencia de la fecha de la legislación por la que se rijan, y desde esa perspectiva temporal, con independencia de que el régimen del SOVI ya no estuviese vigente, aplica los discutidos 112 días ficticios a los alumbramientos habidos bajo la vigencia del extinto sistema, pero no significa que hayan de reconocerse también para ese especial régimen los partos posteriores al 1 de enero de 1967.

Igual pronunciamiento se contiene en la **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 24 de octubre de 2012, IL J 1253/2012.**

f) *Compatibilidad e incompatibilidades*

— Incompatibilidad de la pensión de jubilación del RETA con el trabajo.

La **Sentencia del TSJ de Extremadura 392/2012, de 17 de julio, IL J 1189/2012**, declara la incompatibilidad de la pensión de jubilación del RETA con la realización de trabajo, por aplicación de lo dispuesto en el art. 165.1 LGSS, en relación con el artículo 45 del Decreto 2530/1070, de 20 de agosto, que establecen la incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo, sin que concurra la excepción del artículo 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, que permite la compatibilidad con las funciones inherentes a la titularidad del negocio de que se trate.

El demandante interpuso recurso de suplicación por considerar que se vulneraba el principio *pro beneficiario*, teniendo en cuenta la exigua pensión de jubilación que percibe, invocando el artículo 3.1 del Código Civil, considerando que la decisión de instancia coloca al demandante en una situación de pobreza, quebrando así el estado del bienestar. Sustenta o razona las infracciones que denuncia en que la pensión de jubilación del empresario es compatible con el mero mantenimiento de la titularidad del negocio o establecimiento mercantil, siempre que no se lleve a cabo ningún trabajo, considerando que la resolución recurrida sólo se apoya en que el demandante estuvo en alta en el RETA, sin que conste en modo alguno que estaba ejerciendo algún tipo de trabajo, estableciéndose una presunción en contra del recurrente, al afirmar que ejercía una actividad cuando en realidad ha quedado acreditado que participaba en una comunidad de bienes como socio, sin que se haya probado por el Instituto demandado que percibiera remuneración de algún tipo por su participación.

La Sentencia, sin embargo, considera que no concurren las infracciones que se denuncian, ni se puede acoger que el régimen de pensiones y sus cuantías atenten contra el estado del bienestar puesto que las pretensiones han de resolverse conforme a la normativa legal y reglamentaria vigente, y únicamente en caso de considerar que ésta resulte contraria a disposiciones de índole constitucional procedería plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Considera que tampoco se puede aplicar el principio *pro beneficiario*, pues en el presente caso existe toda una normativa que declara la incompatibilidad del percibo de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia o ajena del pensionista.

Fue el mismo actor el que solicitó su inclusión en el RETA como comunero, que no socio, de la comunidad de bienes constituida con otra persona con el objeto de realizar actividades relacionadas con la comercialización de productos textiles, y siendo así, el artículo 2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, previene que la inclusión en tal régimen presupone que se ejerce de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas, sin que quede acreditado que concurra la excepción consistente en que se ostente la mera titularidad del negocio, y sin que el demandante haya desvirtuado la presunción relativa a que la afiliación conlleva la presunción *iuris tantum* de percepción de rentas, al limitarse a afirmar que no llegó a trabajar, sino que contrató a un trabajador.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) *Concepto. Grados y baremos*

a') Criterios de valoración: los baremos

La STSJ de Galicia de 18 de mayo de 2012, IL J 1097/2012, considera que para el concepto de «profesión habitual», a los efectos de la valoración de la IP, es «la que se desempeña en el momento de producirse el hecho causante de la prestación de Incapacidad Permanente Total», y si bien se toma como uno de sus parámetros las labores propias de la profesión habitual, ello no equivale a las concretas labores que desempeña el trabajador normalmente ni tan siquiera las de su categoría profesional. No cabe identificar profesión habitual con puesto de trabajo habitual ni con categoría profesional.

Sobre las situaciones relativas la denominada «segunda actividad», esto es, a la que se adscribe un trabajador en ciertas actividades cuando presenta algún tipo de limitaciones para el desarrollo de su actividad profesional habitual, son de sumo interés las SSTS, u.d., de 10 de julio de 2012, IL J 1072/2012; de 24 de julio de 2012, IL J 1045/2012, y de 2 de noviembre de 2012, IL J 1308/2012. Se trataba de la hipótesis de bomberos a los que se declara una IPT para la profesión habitual, dejando de prestar servicios en tareas de intervención operativa directa en siniestros y pasando a segunda actividad. En su pronunciamiento el TS recuerda resumidamente los criterios jurisprudenciales: 1.º El

sistema de calificación de la incapacidad aún vigente (DT 5.^a bis LGSS en relación con el art. 137 de la misma Ley) tiene carácter profesional, con las excepciones de las lesiones permanentes no invalidantes y la gran invalidez, y, en este sentido, la remisión del número 3 del art. 137 a un porcentaje de incapacidad no envía a una valoración fisiológica por baremo, sino a una estimación aproximada en términos de una apreciación sensible de la repercusión de las lesiones en la capacidad de ganancia en el marco de la profesión habitual; 2.º La profesión habitual no se define en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba, ni en atención a la delimitación formal del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional; 3.º Este criterio profesional no significa que las decisiones en materia de calificación de la incapacidad deban depender de las que, en función del estado del trabajador, puedan haberse adoptado en la relación de empleo: el sistema de calificación es independiente de las incidencias que puedan producirse en esa relación. 4.º En las normas de distribución competencial sobre esta materia, tanto en la LGSS como en el RD 1300/1995 y en la Orden de 18 de enero de 1996, no se establece ninguna vinculación de los órganos de calificación por las incidencias o decisiones que puedan producirse en la relación de empleo. 5.º A efectos de la calificación de la incapacidad permanente han de tenerse en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la «profesión». Siguiendo la STS de 22 de mayo de 2012 (reud. 2111/2011), dictada para un supuesto análogo al actual, el TS entiende que en «La aplicación de los anteriores criterios al caso particular... el ámbito profesional de valoración opera sobre el conjunto de sus funciones, que, conforme se deduce del relato fáctico y de la incuestionada normativa autonómica de aplicación..., aparte de otros cometidos de carácter administrativo, de prevención o de planificación de la propia actividad, comprendía —lógicamente— tareas tales como la intervención personal y directa en la extinción de incendios o en los siniestros análogos en que los habitualmente participan dichos profesionales». A lo dicho se ha añadido el argumento de que, en tanto no resulte de aplicación la previsión modificativa del art. 141.1 de la LGSS contenida en el art. 3.Dos de la nueva Ley 27/2011, por la que, a partir del 1 de enero de 2013 (Disposición Final 12.^a), la compatibilidad entre la pensión de IPT y el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta parece condicionada a que las nuevas funciones «no coincidan con aquellas que dieron lugar» a la propia pensión, es decir, en la actualidad, a la hora de determinar la merma de rendimiento que pudiera aquejar al solicitante, ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran esa «profesión habitual», no sólo a las que se puedan desempeñar como segunda actividad, sobre todo cuando «persiste la patología que dio lugar a la IP». Por tanto, a la hora de revisar una IP han de aplicarse estos criterios y no solamente valorar las lesiones del trabajador considerando de manera exclusiva —o, al menos, fundamental— su proyección sobre el ámbito funcional de la segunda actividad.

d) Dinámica de la protección

La STSJ de Extremadura de 19 de julio de 2012, IL J 1172/2012, considera que solo podrá prosperar la revisión en derecho cuando no se hayan alterado los supuestos de hecho que en la resolución en cuestión se constaten y entre una y otra dimensión de

la sentencia exista una íntima relación de ambos presupuestos. Señala que «la revisión del grado de invalidez permanente por agravación o mejoría del trabajador, presupone siempre una confrontación entre dos situaciones de hecho, la que determinó la primitiva declaración de invalidez y la existente cuando se lleva a efecto la revisión, sin que la mera circunstancia de que concurra alguna de aquellas causas, determinan por sí sólo la modificación del grado de incapacidad si la naturaleza de las dolencias tiene idéntica repercusión en la capacidad laboral del trabajador». La revisión por mejoría es un criterio que debe objetivarse y analizarse restrictivamente, en atención a la situación del incapacitado, por cuanto no cualquier mejoría puede reputarse como suficiente para enervar el derecho reconocido, sino solo aquella que, efectivamente, suponga que el incapacitado haya recobrado funcionalidad suficiente para desempeñar su trabajo, para el que antes estaba impedido.

B) Incapacidad permanente (modalidad no contributiva)

b) Requisitos del beneficiario

El TS aclara, en la **STS, u.d., de 28 de septiembre de 2012, IL J 1267/2012**, si la herencia recibida, el valor de los inmuebles heredados, debe computarse como renta, a fin de acreditar la carencia de rentas que condiciona el derecho a la pensión de Invalidez no contributiva, o bien —solución por la que opta— debe realizarse simplemente el cómputo, simplemente, de las rentas cobradas por el arrendamiento de las fincas. Para el TS, conforme a la literalidad del art. 144.5 LGSS, se establece el cómputo de las rentas del capital y no el del valor de éste cuando se percibe en herencia o por la venta de un bien. Solución que se adecua a la doctrina sentada por el propio TS en sentencia de 27 de enero de 2005 (rcud. 2192/2004), en un supuesto en el que se planteaba si debía computarse como renta el valor de las acciones vendidas o la diferencia entre ese valor y el precio de adquisición de estas y se optó por la segunda solución apuntada. En dicho pronunciamiento se indica que el art. 144.5 LGSS estudiado sí contenía una previsión específica al respecto, por lo que se trataba de interpretarlo. De esa interpretación, conforme al tenor literal del precepto, se deriva que se consideran computables las rentas del capital y no el capital. Esa solución interpretativa la abona el párrafo segundo del citado precepto, cuando habla de rendimientos efectivos de los bienes del solicitante, o de los miembros de su unidad de convivencia, y añade que cuando no existan rendimientos efectivos se calcularán estos con arreglo a las normas del IRPF. Los artículos 1, 2, 6 y demás concordantes de la Ley 35/2006 nos muestran que el IRPF grava las rentas pero no la adquisición de patrimonios por herencia, cobro de indemnizaciones o de premios de lotería o de otra forma, pues el impuesto no grava la adquisición de bienes, sino las rentas que producen, lo que concuerda con lo dispuesto en la disposición de la Ley de la Seguridad Social que estudiamos y corroboran los artículos 21 y 22 de la Ley 35/2006, donde se gravan los rendimientos del capital inmobiliario, concepto que tienen las rentas que cobra el arrendador. Avala además esta interpretación el artículo 12.3 del Real Decreto 375/1991 que, al determinar el modo de calcular las rentas computables para acreditar la carencia de rentas, habla de las rentas que producen los bienes y no del valor de estos. En definitiva, el término renta hace referencia a un concepto jurídico (fruto, rendimiento, provecho que se obtiene de un bien) que es diferente del concepto de herencia y del de valor pecuniario del patrimonio poseído.

c) Cuantía de la pensión

La **STC de 29 de octubre de 2012, IL J 1218/2012**, procede al análisis de los arts. 144 y 145 LGSS, en orden a determinar si el importe imputado a una pensión alimenticia en el centro penitenciario, en el que se halla ingresado el beneficiario de una prestación por invalidez no contributiva, debe ser conceptuado o no dentro de las «rentas o ingresos suficientes» a que alude el indicado precepto y cuya carencia constituye requisito para el acceso a la pensión. El art. 144 LGSS establece los requisitos para ser beneficiario de una pensión de invalidez no contributiva, entre ellos el de carecer de rentas o ingresos suficientes, computándose como tales cualesquiera bienes y derechos derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional. Por su parte, el art. 145.2 LGSS establece que las cuantías de la prestación calculadas conforme a lo que establece el precepto son compatibles con las rentas o ingresos anuales que no excedan del 25% del importe, en cómputo anual, de la pensión no contributiva. En caso contrario, se deducirá del importe de la prestación la cuantía de las rentas o ingresos que excedan de dicho porcentaje. El recurrente en amparo aducía la vulneración de su derecho a la igualdad por el hecho de que se le haya aplicado un descuento en su pensión no contributiva que no se aplica en otras Comunidades Autónomas, produciéndose así una ruptura del principio de igualdad entre personas en idéntica situación —perceptores de prestaciones no contributivas internados en centros penitenciarios— en función del territorio de cumplimiento de la pena. El TC señala que, «... en cualquier caso, establecida por el Tribunal Supremo, en el marco de su competencia exclusiva, la interpretación legal de los arts. 144 y 145 LGSS, el derecho a la igualdad en la ley nunca podría determinar que las decisiones adoptadas por aquellas Comunidades Autónomas que han aplicado dicho criterio sean anuladas por el hecho, aunque hubiera sido acreditado, de que otras Comunidades Autónomas no lo apliquen». También planteaba el recurrente, como término de comparación, la situación de los restantes internos del propio centro penitenciario no perceptores de prestaciones no contributivas; señalando que a ellos se les facilita gratuitamente la manutención, al constituir esta un derecho de las personas privadas de libertad y una obligación de la Administración penitenciaria, mientras que, por el contrario, a él se le obliga a abonar la misma mediante su descuento en la prestación no contributiva. Desde esta segunda perspectiva, el TC considera que «el término de comparación se encuentra incorrectamente formulado. No puede pretenderse una comparación entre internos a los que se obliga a abonar su pensión alimenticia e internos a quienes esta se les ofrece gratuitamente, pues tal diferencia no responde a la realidad. Ninguno de los internos, y tampoco el recurrente, debe abonar cantidad alguna por su manutención en prisión, razón por la que tampoco puede alegarse, como hace el recurrente, una pretendida vulneración de la Convención contra la tortura de Naciones Unidas, en relación con la conclusión adoptada por el Comité contra la tortura al analizar un supuesto en el que se obligaba a los internos a pagar una parte de los gastos de su encarcelamiento. El criterio del que parten las resoluciones recurridas es el de que la alimentación en prisión constituye una prestación pública, por lo que, evidentemente, nada debe abonarse por ella. Lo que se discute es una cuestión diferente: establecer si tal prestación pública debe computarse o no entre aquellas contempladas en los arts. 144 y 145 LGSS para determinar el derecho de acceso a la prestación no contributiva considerada y, en su caso, su cuantía. Y, desde tal perspectiva, hemos de señalar que no es posible realizar una comparación como la propuesta por el recurrente entre los internos del centro peniten-

ciario según que perciban o no una pensión no contributiva, dado que es precisamente el posible efecto de la prestación alimenticia sobre la pensión no contributiva, que el recurrente percibe y los otros internos no, la cuestión sobre cuya compatibilidad con el art. 14 CE se discute». Descartada la vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 CE, el TC considera que la Sentencia del TS recurrida interpreta razonadamente que «la prestación alimenticia percibida por el recurrente en la prisión tiene la consideración de prestación pública a efectos de su cómputo como renta percibida a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión no contributiva de invalidez, no incurre en ningún tipo de razonamiento ilógico o incoherente, como le imputa la demanda de amparo, por lo que, se comparta o no el criterio desde el punto de vista de la interpretación de la legalidad ordinaria, debe entenderse el mismo respetuoso con el derecho a la tutela judicial».

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

La cuestión que resuelve la **Sentencia del TS (Sala 4.ª) de 18 de julio de 2012**, y que ya ha sido tratada en estas páginas en números anteriores, versa sobre la acreditación del requisito de existencia de una pareja de hecho a los efectos de reconocimiento de pensión al sobreviviente. Esta cuestión interpretativa surge como consecuencia de la nueva redacción que del art. 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social hace la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en los siguientes términos: «La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto 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».

En el caso enjuiciado la demandante había solicitado la pensión de viudedad aportando únicamente para la acreditación del mencionado requisito prueba de convivencia con el causante según el padrón municipal, así como la existencia de una hija común, como consta en el correspondiente libro de familia, y la sentencia recurrida (del TSJ de Madrid de 20 de septiembre de 2011) había considerado que la acreditación de las circunstancias anteriores, en especial la situación de convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, era bastante para apreciar el cumplimiento del requisito de haber formado pareja de hecho, aunque no concurriera la circunstancia de la inscripción en alguno de los registros específicos de parejas de hecho ni constase en documento público notarial la constitución de dicha pareja.

Pero, como recuerda el alto tribunal, la doctrina jurisprudencial sentada, y que vuelve a aplicar para resolver la controversia y denegar la pensión en el supuesto enjuiciado, se puede sintetizar en los siguientes puntos: a) los requisitos legales de «existencia de pare-

ja de hecho» y de «convivencia estable y notoria», establecidos ambos en el vigente art. 174.3 LGSS, son distintos, debiendo concurrir ambos para el reconocimiento del derecho a pensión a favor del sobreviviente; b) las reglas de acreditación de uno y otro requisito, en el mismo precepto legal, son asimismo diferentes; y c) la «existencia de pareja de hecho» debe acreditarse, de acuerdo con el repetidamente citado art. 174.3 LGSS, bien mediante «inscripción en registro específico» de parejas de hecho, bien mediante «documento público en el que conste la constitución» de la pareja, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas.

En el mismo sentido se manifiesta la **sentencia del TS (Sala 4.^a) de 9 de octubre de 2012**, al considerar que no es válido, a tal efecto, el reconocimiento unilateral de los afectados en las escrituras testamentarias (en un supuesto en el que el fallecido otorgó testamento ante Notario en el que declaraba que convivía maritalmente con la actora, a quien legaba una cuota del 30% del conjunto de toda su herencia), pues, como concluye, «una cosa es la expresión de la manifestación de voluntad constitutiva de la pareja de hecho, y otra muy distinta que, a ciertos efectos en el ámbito jurídico civil o mercantil, se quiera hacer valer una cierta vinculación, que para el caso tiene un alcance meramente circunstancial y de oportunidad, limitado al negocio de que se trate».

Ante la cuestión de si el requisito de haber convivido los cinco años anteriores al hecho causante precisa, también, que durante ese tiempo los convivientes hayan podido contraer matrimonio por no tener vínculo matrimonial con otra persona o si basta con que ese impedimento para contraer matrimonio se cumpla al final de esos cinco años, esto es al tiempo del fallecimiento del causante, la **Sentencia del TS (Sala 4.^a) de 24 de octubre de 2012** acertadamente va a resolver que no es necesaria la inexistencia de vínculo matrimonial con tercera persona durante los cinco años requeridos de convivencia, pues es suficiente con que a la fecha del hecho causante no exista vínculo matrimonial entre alguno de los componentes de la pareja de hecho y tercera persona.

En efecto, el artículo 174.3, párrafo cuarto, primer inciso, a efectos de lucrar pensión las parejas de hecho, establece como primer requisito el mismo que para poder contraer matrimonio, a saber, no hallarse impedido para contraer matrimonio, y como segundo, uno que el Tribunal Supremo considera igualmente obvio: es el requisito «antibigamia»: no tener vínculo matrimonial con otra persona. Como afirma el alto tribunal, es claro que ambos requisitos deben tenerse en el momento en que se pretenda constituir la pareja de hecho, no antes; momento que, en el caso que nos ocupa, no puede ser otro que el momento inmediatamente anterior al fallecimiento, último en que tal constitución de la pareja de hecho pudo haberse producido. A partir de ahí, el legislador ha exigido un requisito más, pero no puede considerarse como un requisito de constitución de la pareja de hecho sino de un período de carencia para acceder a la prestación de viudedad: sea cual sea la fecha de la constitución de la pareja de hecho, la convivencia ha debido durar al menos cinco años (seis para estos casos particulares) ininterrumpidos antes del fallecimiento.

La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, modificó el artículo 174.2 de la LGSS (en vigor desde el 1 de enero de 2010), a efectos de eximir del cumplimiento del requisito de ser acreedor de pensión compensatoria (en supuestos de separación judicial o divorcio), a las mujeres víctimas de violencia de género, violencia que se podrá acreditar por cualquier medio de prueba admitido en Derecho; en efecto, según el citado artículo 174.2, párrafo

primero *in fine*, «en todo caso, 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».

Pero para poder aplicar esta excepción en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008 (tal y como establece la Disposición Transitoria Decimoctava de la LGSS), exige que se den algunas condiciones (entre otras que entre la fecha de la separación o divorcio y la del fallecimiento del causante no hayan transcurrido más de diez años); ahora bien, dicha Disposición Transitoria Decimoctava termina diciendo: «Lo dispuesto en esta Disposición Transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley» (en la redacción actualmente vigente, que contiene ya la nueva redacción con efectos, en principio, a partir de 1 de enero de 2010): es decir, se adelanta en dos años la aplicación de la exención del requisito de la pensión compensatoria y sin condicionamiento alguno, es decir, y tal y como afirma la **Sentencia del TS (Sala 4.ª) de 19 de julio de 2012**, los condicionamientos solamente jugarán para supuestos de fallecimientos anteriores al 1 de enero de 2008.

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. Presunción de certeza.**
 - 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

En la presente crónica se comentan las principales novedades normativas y judiciales aparecidas en el último período en materia de Derecho Administrativo Laboral.

a) En la esfera normativa, la principal norma aprobada ha sido la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, que ha introducido modificaciones en varias de las normas reguladoras de la materia que aquí nos ocupa.

Entre ellas, una de las que más cambios ha experimentado ha sido la LISOS (RDLeg. 5/2000). De un lado, las novedades afectan a los tipos infractores: en relación con las infracciones en materia de empleo, se ha dado nueva redacción a los arts. 15.3 y 16.2; y asimismo, en el ámbito de las infracciones de Seguridad Social, se han modificado, incorporando en algunos casos nuevos tipos infractores, los apartados 4 y 5 del art. 21, el art. 22, el art. 23 y el art. 26.2. De otro lado, los cambios también afectan a los preceptos relativos a las sanciones, especialmente cuando recaen sobre determinadas infracciones de Seguridad Social: en tal sentido, en el art. 39.2 se han incorporado novedades en los criterios de graduación, y en el art. 40 en las cuantías de las sanciones; asimismo, se han producido variaciones en las sanciones accesorias a los empresarios y las responsabilidades empresariales específicas previstas respectivamente en los arts. 46 y 46 bis, así como en la redacción de las sanciones a los trabajadores, solicitantes y beneficiarios en materia de empleo y Seguridad Social previstas en los párrafos a) y c) del art. 47.1; finalmente, también se han revisado los criterios de atribución de la competencia sancionadora establecidos en el art. 48.1.

Con incidencia también sobre la LISOS, pero en relación con las actas de liquidación e infracción referidas a los mismos hechos, la citada Ley 13/2012 ha mantenido la previsión de que la sanción se reducirá al 50% cuando el infractor dé su conformidad a la liquidación ingresando su importe en el plazo indicado, pero, ahora, añadiendo que tal reducción automática sólo podrá aplicarse en el supuesto de que la cuantía de la liquidación supere la de la sanción propuesta inicialmente. Tal incorporación ha conllevado la modificación del art. 40.3 LISOS, del art. 31.4 LGSS y del art. 34.2 RD 928/1998, sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

Asimismo, la Ley 13/2012 ha llevado a cabo una nueva reforma de la Ley 42/1997, reguladora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LIT) y de algunas de sus normas concordantes. De una parte, se han introducido algunos cambios en las facultades de actuación previstas en el art. 5.3.3 LIT, así como en las obligaciones de auxilio y colaboración con la Inspección reguladas en el art. 9 LIT. De otra parte, se han incorporado modificaciones en la duración de la actividad inspectora, posibilitando que el inicial plazo de 9 meses pueda ampliarse hasta 18 cuando concurren las circunstancias legales fijadas y con el alcance dispuesto en la normativa al respecto: en tal sentido, se ha revisado la redacción del art. 14.2 LIT, del art. 8.2 RD 928/1998 y del art. 17 RD 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección. Por último, se ha añadido una nueva DA 8.^a a la LIT, mediante la que se ha previsto la creación de un Tablón de Edictos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para los supuestos regulados en el art. 59.5 Ley 30/1992, cuando no se hubiere podido practicar la notificación de los actos administrativos.

Finalmente, hay que hacer referencia a los cambios introducidos en el art. 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, precepto que en un breve período de tiempo ha sido primero modificado por la mencionada Ley 13/2012 y, después, por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas.

b) Junto a estas novedades normativas, la crónica da también cuenta de las principales sentencias publicadas en materia administrativa laboral en los números 10, 11 y 12 de 2012, de la revista *Información Laboral*. De entre estos pronunciamientos, seguramente el más relevante es la **STS, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2012, IL J 1206/2012**, en la que, en relación con la infracción derivada de la ausencia del territorio nacional durante la percepción de la prestación de desempleo, el Tribunal Supremo, como novedad, fija el criterio para determinar la existencia de traslado de residencia no en un período superior a quince días, sino a noventa días, por lo que, en la franja intermedia, la sanción correspondiente es la suspensión de la prestación, pero no su extinción (*infra*, 2.C.b).

2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento administrativo sancionador

En el marco de un proceso de impugnación del recargo de prestaciones, la **STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 18 de septiembre de 2012, IL J 1276/2012**, se encarga de recordar la naturaleza y efectos de los requerimientos de subsanación extendidos por la Inspección de Trabajo tras la constatación de una infracción, y reiterando lo dicho en la STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de marzo de 2012, remarca que «el requerimiento no impide el inicio de un procedimiento sancionador posterior, sólo puede condicionarlo como circunstancia concurrente, ni produce indefensión o perjuicio irreparable», declarando también que «tanto la advertencia como el requerimiento se les considera como meros actos de trámite, que no deciden sobre el fondo del asunto, ni impiden proseguir el procedimiento sancionador». La misma Sentencia recuerda también que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, «la tramitación de procedimiento penal por los mismos hechos no suspende el procedimiento para imponer el citado recargo por falta de medida de seguridad», limitándose el art. 3.2 LISOS a contemplar la paralización por esta causa del procedimiento administrativo sancionador.

B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza

La presunción de veracidad de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo es objeto de atención en la **STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de septiembre de 2012, IL J 1033/2012**, dictada con ocasión de un acta de liquidación extendida a una empresa de líneas aéreas por diferencias de cotización en relación con las cantidades abonadas en concepto de «dietas» por gastos de manutención, habiendo considerado la Administración que no se respetan los límites exentos de cotización y sin haber acreditado la empresa la realidad y justificación de los desplazamientos que originan tal percepción. Al respecto, el Tribunal Supremo recuerda la conocida doctrina de que la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social *ex* arts. 53.2 LISOS y 15 RD 928/1998 no alcanza a las calificaciones jurídicas, juicios de valor y opiniones del funcionario actuante, sino que se extiende únicamente a «los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el inspector o a los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta, como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma...», circunstancia esta última valorada en el supuesto enjuiciado, en que se otorga dicha presunción al hecho expresado en una declaración de los representantes de la empresa incluida en el acta, sin que esta haya sido desvirtuada por prueba en contrario aportada en su defensa por la interesada.

A partir de la anterior doctrina sobre la presunción de certeza, la **STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 2 de julio de 2012, IL J 1142/2012**, dictada en un proceso de oficio sobre existencia de discriminación por razón de sexo, constituye un ejemplo de que dicha eficacia probatoria no es presupuesto suficiente para apreciar la infracción imputada, por cuanto la atribución de la citada presunción «no excluye un control jurisdiccional de los medios empleados por el Inspector/a para obtener su convicción y poder apreciar así los límites fácticos... a los que resulta razonable extender aquella presunción, aparte de

la posibilidad de destruir su eficacia mediante las oportunas pruebas en contrario». En tal sentido, la Sentencia recuerda las facultades valorativas del órgano juzgador, que en este caso consideró desvirtuados los indicios de discriminación apuntados en el acta.

C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

a) *Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos*

En este ámbito, y con proyección sobre la vía jurisdiccional, merece la pena llamar la atención sobre la **STS, Sala de lo Social, de 10 de julio de 2012, IL J 1075/2012**, en relación con la aplicación del art. 42.5 LISOS, que, recordemos, en materia de recargo de prestaciones *ex art. 123 LGSS*, y bajo el contexto del reparto competencial existente antes de la entrada en vigor de la LJS (Ley 36/2011), ha venido disponiendo que los tribunales laborales quedan vinculados a la declaración de hechos probados de la sentencia firme dictada por la jurisdicción contencioso-administrativa, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales. En el supuesto enjuiciado, la sentencia contencioso-administrativa había anulado la sanción por considerar que el art. 12.1.b) LISOS no impone que la evaluación de riesgos sea exhaustiva; en cambio, la sentencia social de suplicación había confirmado la imposición a la empresa del recargo de prestaciones por no haberse incluido en la evaluación de riesgos del puesto de trabajo del trabajador accidentado la posibilidad de una explosión por el contacto de determinados agentes químicos y las medidas preventivas a adoptar. Pues bien, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina establecida en la STS de 13 de marzo de 2012 (rcud. 3779/2010), apoyada en la STC 21/2011, y con fundamento en lo allí establecido, confirma el criterio de la sentencia de suplicación del orden social, por cuanto ésta había motivado suficientemente su apreciación de la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad, alegando a su vez la doctrina jurisprudencial respecto a la posibilidad de imposición de recargo prestacional sin sanción administrativa y viceversa.

«Esta doctrina constitucional —consistente en esencia en el respeto del principio general de vinculación de la sentencia firme del orden contencioso-administrativo respecto a la que deba dictarse posteriormente en el orden social pero posibilitando la existencia de pronunciamientos distintos si existe en la ulterior sentencia motivación suficiente que exteriorice el fundamento de la conclusión contradictoria—, se asume y comparte por esta Sala, por imperativo además de lo establecido en el art. 5.1 LOPJ; y, conforme a la misma, cabe concluir que la doctrina correcta es la que se contiene en la sentencia ahora recurrida, dado que partiendo del mantenimiento del principio general de vinculación de la sentencia firme del orden contencioso-administrativo respecto a la que deba dictarse posteriormente en el orden social (arg. *ex arts. 93.3 y 24 CE y 42.5 LISOS*), no obstante contiene un pronunciamiento distinto pero exteriorizándose con una motivación detallada y suficientemente en la referida ulterior sentencia social el fundamento de la conclusión contradictoria; a diferencia de lo que se efectúa en la sentencia de contraste en la que se aplica de forma automática el principio general de vinculación sin valorar los hechos concurrentes y específicamente probados en el proceso social.

[...] En cuanto a la vinculación respecto a dicha sentencia, entiende la sentencia recurrida que solo resulta la que deriva de su propia literalidad, citando la doctrina constitucional y recordando la diferencia entre resolver acerca de la infracción en materia de prevención de

riesgos y acerca de la responsabilidad empresarial por la falta de medidas de seguridad en función del resultado producido, con cita de la doctrina jurisprudencial sobre la posibilidad e imposición de un recargo prestacional sin sanción administrativa y viceversa».

b) Infracciones en materia de Seguridad Social

Finalmente, en este apartado cabe hacer mención a la **STS, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2012, IL J 1206/2012**, ya destacada en la introducción de esta crónica. En ella se confirma la sentencia de instancia por la que se deja sin efecto la sanción de extinción de la prestación de desempleo impuesta por el Servicio Público de Empleo Estatal, en un supuesto en que el procedimiento sancionador se había iniciado por no haber notificado el perceptor a la entidad gestora la pérdida de los requisitos para la percepción de la prestación —con su consiguiente cobro indebido—, como consecuencia de haber salido al extranjero, sin haberlo comunicado, con incumplimiento del art. único 3 RD 200/2006. Consta en los hechos probados que el interesado, de nacionalidad ucraniana, hubo de ausentarse de España durante tres semanas como consecuencia de la enfermedad cardíaca de su suegro, residente en Ucrania, que derivó en una angina de pecho. Pues bien, estas circunstancias son determinantes en la solución ofrecida por el Tribunal Supremo, que dando una respuesta distinta a la emitida en las SSTS de 22 de noviembre de 2011 (rcud. 4065/2012) y de 17 de enero de 2012 (rcud. 2446/2011), y valorando entre otros factores el principio de proporcionalidad que debe regir la imposición de sanciones administrativas, concluye que nos encontramos ante un supuesto de «suspensión» de la prestación durante el periodo de ausencia —pero no de extinción en el período posterior—, por cuanto se interpreta que no ha habido cambio de «residencia» del perceptor, al tratarse de un desplazamiento al extranjero, con la consiguiente ausencia del mercado de trabajo español, que ha sido inferior a noventa días.

«[...] El señalado vacío de regulación puede colmarse, sin embargo, mediante el instrumento de la interpretación sistemática, proporcionando la legislación de extranjería una delimitación bastante ajustada a las exigencias del ordenamiento social. Para el artículo 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjería la residencia temporal se distingue de la estancia, empezando a partir de los 90 días de permanencia. Y, como ya se ha dicho, este umbral es prácticamente el mismo al de los tres meses de estancia fuera del territorio del país miembro que abona la prestación utilizado en artículo 64.1.c) del Reglamento Comunitario 883/2004, como límite o tope normal para conservar el derecho a la protección por desempleo.

La precisión anterior del concepto legal de residencia a efectos del “traslado de residencia” que extingue en principio la prestación de desempleo rectifica la posición doctrinal adoptada en nuestras sentencias precedentes ya citadas de 22-11-2011 y 17-1-2012, de acuerdo con las cuales si la norma reglamentaria dice que no es traslado de residencia la salida por tiempo inferior a quince días, se puede entender que sí lo es, según la propia norma reglamentaria, el desplazamiento superior a ese período.

[...]

... De acuerdo con las consideraciones expuestas en los fundamentos anteriores nos encontramos ante:

- 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”, con la salvedad que se indica a continuación, en los supuestos 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 mercado de trabajo español del beneficiario de la prestación de desempleo;

La aplicación de la doctrina general establecida en esta sentencia al caso controvertido conduce a la conclusión de que nos encontramos ante un supuesto de prestación “suspendida” y no de prestación “extinguida”, como pretende la entidad gestora y ha resuelto la sentencia recurrida. [...] 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 Sentencia, con todo, presenta voto particular de una de las magistradas de la Sala, por considerar que la resolución mayoritaria amplía el plazo de quince días de ausencia permitido por el art. 6.3 RD 625/1985 y que no conlleva suspensión de la prestación, pero cuya superación es causa constitutiva de su extinción. Asimismo, alerta de que esta extensión temporal creada por la Sentencia, al margen de la norma reglamentaria, es fuente de discriminación indirecta en perjuicio de los beneficiarios españoles, quienes en su mayoría no disponen de una infraestructura familiar y económica en otro país que les permita sus traerse caprichosamente a los deberes que el art. 231 LGSS y normas concordantes imponen a los perceptores de la prestación de desempleo.

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 ERE.**
 - B) **Prestaciones de Seguridad Social.**
 - C) **Relación laboral. Arquitecto municipal.**
 3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA.
 - A) **Impugnación de acto de la Administración: relación de puestos de trabajo.**
 - B) **Reintegro de gastos de asistencia sanitaria: cambio de sexo.**
 4. RECLAMACIÓN PREVIA.
 5. EXCEPCIONES.
 - A) **Caducidad.**
 - B) **Cosa juzgada.**
 - C) **Inadecuación de procedimiento.**
 - D) **Falta de legitimación activa.**
 - E) **Litisconsorcio pasivo necesario.**
 6. SENTENCIA. INCONGRUENCIA POR FALTA DE PRONUNCIAMIENTO.
 7. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN.
 - A) **Trabajador fijo-discontinuo.**
 - B) **Eliminación de los salarios de tramitación por el Real Decreto Ley 3/2012.**
 8. RECURSO DE SUPPLICACIÓN.
 - A) **Legitimación para recurrir.**
 - B) **Incompetencia por razón de la cuantía y falta de afectación general.**
 9. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA.
 - A) **Falta de competencia funcional.**
 - B) **Falta de contradicción.**
 10. RECURSO DE REVISIÓN. DOCUMENTOS QUE HABILITAN EL RECURSO.
 11. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS. LIQUIDACIÓN DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN.
-

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 10, 11 y 12 del año 2012 de la revista *Información Laboral*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Impugnación ERE

La **STS de 17 de octubre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1262/2012, declara la competencia de la jurisdicción social para conocer de las diferencias económicas de una indemnización por despido derivada de un ERE aprobado mediante resolución administrativa con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS. Se declara la competencia de la jurisdicción social a pesar de que las diferencias económicas tienen su origen en la antigüedad usada como base del cálculo indemnizatorio, y esa antigüedad aparecía reflejada en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, que daba por reproducidos la resolución administrativa.

B) Prestaciones de Seguridad Social

En un supuesto en el que se analiza la concreción cuantitativa de una prestación de Seguridad Social la **STS de 10 de julio de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1073/2012, estima la competencia de la jurisdicción social por considerar que las cuestiones que tengan una incidencia directa sobre el percibo de prestaciones de Seguridad Social, como la variación cuantitativa de la base reguladora, son de competencia exclusiva de este orden jurisdiccional. En el caso analizado no se trataba de dilucidar si la empresa había efectuado correctamente las cotizaciones, cuestión ya resuelta en la jurisdicción contencioso-administrativa, sino la base reguladora tenida en cuenta por el INSS en relación con los periodos no regularizados por la empresa por encontrarse prescritos.

C) Relación laboral. Arquitecto municipal

La **STSJ de Extremadura de 19 de julio de 2012**, IL J 1173/2012, señala que la jurisdicción social será siempre competente para conocer de reclamaciones que tengan por objeto determinar si una concreta relación contractual, cualquiera que sea, tiene carácter laboral o no. Considera el TSJ, con importante cita jurisprudencial, que, en el caso de que se entendiese que la relación no reviste las necesarias características de laboralidad, correspondería desestimar la demanda pero no declarar la incompetencia de jurisdicción. El caso analizado es el de un arquitecto municipal, y el TSJ alcanza la convicción de que se trataba de una relación laboral.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Impugnación de acto de la Administración: relación de puestos de trabajo

La **STS de 26 de septiembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1133/2012, analiza la competencia de la jurisdicción social en una demanda presentada por los representantes de los trabajadores contra la Universidad de Extremadura. La demanda tiene varias pretensiones, y el TS declara que la jurisdicción social es incompetente para conocer de las que suponían, en última instancia, la declaración de nulidad de la resolución administrativa de la gerencia de la universidad relativa a la relación de puestos de trabajo. No obstante, el TS declara la competencia de la jurisdicción social para conocer acerca de los posibles incumplimientos por parte de la Universidad de Extremadura del convenio colectivo, originados como consecuencia de la nueva relación de puestos de trabajo.

B) Reintegro de gastos de asistencia sanitaria: cambio de sexo

En un procedimiento de reintegro de gastos por asistencia sanitaria, la **STSJ de Galicia de 16 de julio de 2012**, IL J 1194/2012, considera que la jurisdicción social es incompetente para conocer de las reclamaciones dinerarias derivadas de una operación de cambio de sexo, puesto que no se trata de un supuesto de urgencia vital, único supuesto al que ha quedado limitado el conocimiento de la jurisdicción social.

4. RECLAMACIÓN PREVIA

La **STSJ de Galicia de 16 de julio de 2012**, IL J 1195/2012, analiza un supuesto de hecho en el que Administración demandada alega falta de reclamación previa en relación con un procedimiento previamente sustanciado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que se había declarado incompetente en relación con una promoción interna. El TSJ considera que la inexistencia de reclamación previa no ha impedido a la Administración tener un conocimiento pleno de la reclamación, ya que ésta se había planteado con anterioridad en la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, se concluye que la finalidad de la reclamación previa se ha cumplido y, en consecuencia, el TSJ tiene por cumplido también el trámite formal.

5. EXCEPCIONES

A) Caducidad

La **STS de 24 de octubre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1256/2012, se plantea si pueden redundar en perjuicio del trabajador las inexactitudes u omisiones que contenga la comunicación de despido efectuada por la Administración Pública empleadora, en especial respecto al transcurso del plazo de caducidad (en el supuesto analizado, además, se había efectuado un despido verbal). La Sala parte de la premisa de que «(...) no puede calificarse

de razonable una interpretación que prima los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales (STC 204/1987) (...)». Con cita de numerosa jurisprudencia (SSTS de 12 de abril de 2011, 7 de octubre de 2011, 28 de noviembre de 2011 y 13 de junio de 2012), la Sala desestima la excepción de caducidad y concluye que «(...) la notificación del despido verbal debe entenderse efectuada cuando la parte actora interpuso la reclamación previa (...)». También en materia de errores que dificultan la acción de despido, y mostrándose en favor del principio *pro actione*, la **STC de 26 de noviembre de 2012**, IL J 1223/2012, otorga el amparo por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (24 CE). De esta forma, el TC anula la sentencia resolutoria del recurso de duplicación y el auto de inadmisión de recurso de casación para la unificación de la doctrina. En este supuesto, la carta de despido inducía a error respecto de la sociedad que efectuaba el despido (se incluía el nombre de dos sociedades cuya denominación era prácticamente idéntica). Pese a que se amplió la demanda contra una de ellas transcurrido el plazo de caducidad, el TC argumenta que «(...) ello no le impidió [a esta segunda codemandada] ni tomar un conocimiento temporáneo del ejercicio de la acción judicial, ni una participación activa dentro del procedimiento a través de la entidad inicialmente demandada (...)», como lo demuestra el hecho de que el abogado que representó a una de las entidades contaba con poderes de la otra e incluso la representó tras la ampliación de la demanda. Por su parte, la **STS de 29 de octubre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1251/2012, aclara que el plazo de caducidad de 20 días hábiles previsto en el art. 59 ET «(...) se proyecta sobre la acción de impugnación de la movilidad geográfica, en absoluto sobre la otra posibilidad que tiene el trabajador, y a la que también se refiere el art. 40.1 ET, de resolver el contrato de trabajo en caso de disconformidad. Por eso y en esa misma línea, son acciones entonces distintas, pretensiones con objeto diferente y distintos tiempos de ejercicio (...)». Se precisa, además, que «(...) su ejercicio no puede encuadrarse en la modalidad procesal específica prevista en el art. 138 LPL [actual 138 LRJS] (...)». En materia de contratos de obra o servicio y sucesión de contratos, la **STS de 15 de octubre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1113/2012, aclara que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad para interponer la demanda de despido no empieza a correr «(...) el día en que los trabajadores cesados habían conocido la celebración de la nueva contrata (...)», sino que debe computarse desde «(...) el día del cese acordado unilateralmente, por el empresario que, sin solución de continuidad, suscribió una nueva contrata administrativa con idéntico objeto (...)». Remarca la Sala que «(...) existe un hecho indubitado, cual es el cese en el trabajo, contra el que los cesados pudieron reaccionar (...)».

B) Cosa juzgada

La **STS de 10 de julio de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1074/2012, estima la excepción de cosa juzgada con efecto positivo de una sentencia anterior, que había reconocido un complemento salarial denominado «plus de polivalencia». Recuerda la Sala que «(...) el efecto positivo de la cosa juzgada, obliga al juzgador a apreciar de oficio su existencia en las resoluciones que adopte, sin necesidad de que sea excepcionado (...)». En cambio, la **STS de 18 de septiembre 2012**, Sala Cuarta, IL J 1120/2012, rechaza la existencia de cosa juzgada al no concurrir el requisito de identidad subjetiva y cita en apoyo de su conclusión la STS de

25 de mayo de 2011. Argumenta la Sala que «(...) los elementos necesarios para el efecto positivo de la cosa juzgada son no solo la conexión que haya de existir entre los pronunciamientos, sino también la identidad subjetiva entre las partes de los dos procesos (...)». En el supuesto analizado no existía la identidad subjetiva, dado que en una sentencia se trataba de reclamaciones individuales acumuladas de 15 trabajadores y en la otra se trataba de un proceso de conflicto colectivo.

C) Inadecuación de procedimiento

En el supuesto analizado por la **STS de 13 de noviembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1302/2012, la empresa (línea aérea) presentó una demanda de conflicto colectivo en la que se solicitaba (i) la declaración de la existencia de una actuación colectiva de alteración del régimen del trabajo por parte de tripulantes pilotos y (ii) que se declarase la cesación inmediata de esta práctica. Tanto la Sala de lo Social de la AN, como la Sala Cuarta, acogieron la excepción de inadecuación de procedimiento al no haber quedado acreditada «la índole colectiva del conflicto». Comoquiera que la empresa había sancionado a siete pilotos y remitió cartas de advertencia a un número aproximado de 60, la Sala razona que «(...) tales hechos revelan una conducta individual de un escaso número de pilotos (...) que en modo alguno supone una conducta colectiva (...)». También la **STS de 25 de septiembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1131/2012, estima (en este caso de oficio) la existencia de una inadecuación de procedimiento en un conflicto colectivo en el que profesores de religión reclamaban el derecho a percibir trienios reconocidos por algunas sentencias firmes, porque, si bien se trataba de un proceso que afectaba a un grupo genérico de trabajadores, a juicio del Tribunal «(...) falta otro requisito, a saber, la presencia de un interés general, que se actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible no susceptible de fraccionamiento entre los miembros del grupo (...)». Por otro lado, en materia de demandas de impugnación de laudos arbitrales que sustituyen un convenio colectivo (y aunque se trate de un arbitraje obligatorio), el procedimiento a seguir es el de impugnación de convenios colectivos establecido en los arts. 163 y ss. de la LRJS, tal y como declara la **SAN de 2 de noviembre de 2012**, IL J 1107/2012, basándose en doctrina de la Sala de lo Social del TS (por todas, se citan las SSTs de 19 de octubre de 1998 y de 26 de diciembre de 2007).

D) Falta de legitimación activa

¿Cuando una ETT facilita empleados a la empresa usuaria, pueden los representantes legales de esta última accionar en un procedimiento de conflicto colectivo y demandar cuestiones de índole retributiva para los trabajadores puestos a disposición? La **STS de 9 de julio de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1104/2012, concluye con cita de anterior doctrina (STS de 27 de abril de 2004), que «(...) la doctrina unificada es clara al entender que todas las cuestiones relativas al sistema retributivo de los trabajadores en misión deben ventilarse con la empresa de trabajo temporal y no con la empresa usuaria (...)» y se estima la existencia de falta de legitimación activa del comité de empresa de la mercantil usuaria. De otro lado, la **STS de 30 de octubre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1250/2012, entendió que el sindicato que interpuso la demanda en un proceso de derechos fundamentales

(cuyo objeto era que se declarase sin efectos una concreta encomienda de funciones, por vulnerar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad) sí tenía legitimación activa. La Sala razona la existencia de legitimación activa por parte del Sindicato en «(...) su implantación y defensa de un interés real, profesional y sindical (...)» y se refiere a anteriores pronunciamientos que recogen la misma línea doctrinal, así como a jurisprudencia del TC en el mismo sentido (SSTC 7/2001, 112/2004, 4/2009 y 218/2009). De acuerdo con la citada Doctrina, para considerar a un sindicato como legitimado no basta con que acredite la «(...) defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical (...)» (función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores), sino también «(...) un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito que se trate (...)» (vínculo o nexo que deberá ponderarse en cada caso). Por último, la compleja **SAN de 2 de noviembre de 2012**, IL J 1107/2012, llama la atención al reconocer solo parcialmente la legitimación activa de una de las empresas que había accionado contra un laudo arbitral. En concreto, reconoce su legitimación activa «(...) para impugnar el laudo por vicios procedimentales, *ultra vires* y vulneración de normas de derecho necesario (...)», si bien estima la excepción de falta de legitimación activa «(...) en relación con las restantes causas de pedir a las que se adhirió en juicio (...)».

E) Litisconsorcio pasivo necesario

En relación con las demandas sobre impugnación de laudo arbitral, la interesante **SAN de 17 de octubre de 2012**, IL J 1299/2012, estima de oficio la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y declara la nulidad de lo actuado a partir del momento de admisión a trámite de la demanda. Declara la SAN que se proceda a ampliar la demanda contra una tercera empresa afectada por el laudo arbitral que se impugna —participada al 100% por la demandante—, pues debe dársele oportunidad de personarse en el pleito para configurar correctamente el litisconsorcio y para salvaguardar su derecho a la tutela judicial efectiva. La SAN cita en los fundamentos de derecho abundante doctrina del TS y del TC (por todas, se citan la STS de 25 de abril de 2012 y las SSTC 118/1987, 11/1988 y 87/2003).

6. SENTENCIA. INCONGRUENCIA POR FALTA DE PRONUNCIAMIENTO

En un procedimiento sobre nulidad de despido por vulneración de derechos fundamentales, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de julio de 2012**, IL J 1198/2012, anula la sentencia de instancia por incongruencia omisiva. La sentencia de instancia desestimó la demanda por entender que la decisión de despido no encubrió una vulneración de derechos fundamentales (en este caso, la represalia del trabajador), sin entrar a resolver, entonces, sobre la procedencia o improcedencia del cese. Entiende el TSJ que «(...) debió de entrarse a dar respuesta, conforma a la legalidad ordinaria, sobre la legalidad o no de tal decisión, sin que la mera omisión de aludir a ello en la reclamación previa o en la demanda sea suficiente para no entrar en ello, al considerarse una petición implícita en toda demanda de despido, al ser la calificación facultad del órgano judicial no vinculada al tener de la petición realizada en la demanda (...)».

7. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Trabajador fijo-discontinuo

La **STS de 24 de septiembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1042/2012, analiza cómo debe calcularse el periodo de devengo de los salarios de tramitación en el caso del despido de un trabajador fijo-discontinuo. Haciendo expresa referencia a las SSTS de 23 de marzo y 4 de abril de 2011 de esa misma Sala, la sentencia reitera que los salarios de tramitación tienen carácter resarcitorio por ser su objetivo indemnizar al trabajador por la pérdida de ingresos durante la tramitación del proceso. Siendo esta la naturaleza de los salarios de tramitación, y aplicando analógicamente el tratamiento de su devengo en el caso del despido de trabajadores temporales, el TS declara que «(...) los salarios de trámite se adeudan hasta la fecha de notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido, salvo que antes finalice la temporada que motiva la contratación, supuesto en el que se adeudan sólo hasta ese día (...)».

B) Eliminación de los salarios de tramitación por el Real Decreto Ley 3/2012

¿Se devengan salarios de tramitación en aquellos despidos anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012 que son enjuiciados con posterioridad? En respuesta a esta pregunta, la **STSJ de Extremadura de 26 de julio de 2012**, IL J 1155/2012, ratifica el criterio seguido con anterioridad por la STSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2012, y declara que la reforma introducida por el RDL 3/2012 «(...) no es aplicable aquí porque el despido ha sido anterior a la entrada en vigor de la norma (...)». La sentencia alude al art. 3.3 CC, que no permite la retroactividad de las normas, salvo que se disponga lo contrario, no existiendo en el RDL ninguna previsión al respecto. Igualmente, esta conclusión se alcanza al amparo de lo establecido en las disposiciones transitorias del CC, ya que se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos bajo su régimen. En definitiva, no existiendo disposición transitoria alguna en el RDL 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.

8. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) Legitimación para recurrir

La **STS de 19 de julio de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1058/2012, estima un recurso de casación para la unificación de doctrina y declara el derecho a recurrir en suplicación de una empresa que resultó absuelta en la instancia. En este caso, la sentencia de instancia contenía la afirmación de que dicha empresa era sucesora de la anterior y por ello quedaba subrogada en todos los derechos y obligaciones laborales frente al trabajador, en aplicación del artículo 44 del ET. El TS reconoce excepciones a la regla general de que carecen de legitimación activa para recurrir quienes no sufran gravamen con la sentencia de instancia (hoy aclarado *ex art.* 17.5 LRJS), puesto que existen supuestos en los que una sentencia de instancia sí que puede suponer un perjuicio a la parte absuelta, bien por-

que no se le admitió un medio de oposición o una excepción, o porque en ella se hayan recogido afirmaciones fácticas de las que pueda derivarse un efecto perjudicial, directo o reflejo, para el absuelto.

B) Incompetencia por razón de la cuantía y falta de afectación general

La **STS de 20 de julio de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1051/2012, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por cinco recurrentes trabajadores fijos-discontinuos de la Comunidad de Madrid, a los que en suplicación se les había desestimado su reclamación de cantidad, y ello por (i) ser las cantidades reclamadas inferiores a los 1.800 euros —actualmente son 3.000 euros, *ex* artículo 191.2.g) LRJS— y (ii) considerar que no concurría el requisito de afectación general. El TS confirma la sentencia y razona que no se puede entender que concurra la afectación general por el hecho de que la cuestión debatida afecte a una pluralidad de trabajadores, y ello aunque la sentencia de instancia incluyera como fundamento jurídico que existía «(...) una afectación generalizada a todo el personal fijo-discontinuo de la Comunidad de Madrid (...)». El TS concluye, tras recordar la doctrina sobre la materia, que el conflicto de autos puede considerarse como máximo de «plural», pero carente de aquella general afectación que se exige para aceptar el recurso de suplicación en asuntos de mínima cuantía. Se declara la nulidad de actuaciones y la firmeza de la sentencia de instancia por no existir causa para recurrir en suplicación. La **STS de 18 de julio de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1060/2012, se pronuncia en el mismo sentido, anula las actuaciones que siguen a la sentencia de instancia por no concurrir los requisitos para el recurso de suplicación, puesto que ni la cantidad controvertida alcanzaba los 1.800 euros ni, por otra parte, se practicó alegación o prueba de la afectación general, ni resultaba notorio que la cuestión litigiosa lo fuera (*i.e.*, diferencias salariales en concepto de mantenimiento del nivel retributivo de profesores de bachillerato en las horas de clase impartidas en otros ciclos de enseñanza).

9. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA

A) Falta de competencia funcional

Aunque el recurso de casación para la unificación de doctrina tenía defectos formales, la **STS de 30 de octubre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1309/2012, lo resuelve focalizándose en la competencia funcional, que es materia de orden público, en tanto que la recurribilidad en casación se halla condicionada por la recurribilidad en suplicación, de manera que el control de la competencia funcional del TS supone el control sobre la procedencia de la suplicación. Pese a que la cantidad objeto de discusión era inferior a 1.800 euros, el TS recuerda que cuando se reclama el reconocimiento de un derecho (libraje de sábados en este caso), la posibilidad de recurrir dependerá de las consecuencias económicas de dicho derecho (siendo en este caso, también, inferior a 1.800 euros). Tras verificar que en el proceso no se discutió el eventual carácter de afectación general del derecho, el TS concluye declarando su falta de competencia para conocer en casación y, en consecuencia, sentencia la nulidad de las actuaciones de todo lo actuado desde la sentencia de instancia, que declara firme.

B) Falta de contradicción

La **STS de 20 de septiembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1041/2012, concluye declarando la inadmisibilidad del contraste para la unificación de doctrina, a pesar de las similitudes fácticas de las dos sentencias que se comparan. El fondo del asunto es la compatibilidad de las prestaciones de desempleo con el percibo de los salarios de tramitación. La *ratio decidendi* del TS es la diferente naturaleza de los salarios (ordinarios vs. de tramitación) entre las sentencias comparadas. La **STS de 27 de septiembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1135/2012, determina que no se da la necesaria contradicción para acceder a la casación para la unificación de doctrina. Las dos cuestiones que se planteaban en el recurso de suplicación del procedimiento de despido interpuesto por un interino contra una Sociedad Estatal (entrada en vigor de un convenio colectivo y la necesidad de acto administrativo de comunicación al despedido) están ausentes en el trámite de suplicación de la sentencia de contraste aportada, y, en consecuencia, al tratarse de debates jurídicos diferentes, no pueden definirse como contradictorios. Por su parte, las **SSTS de 26 y 27 de septiembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1134/2012 y 1136/2012, respectivamente, determinan que no existe contradicción necesaria cuando ésta se basa en una cuestión no suscitada en suplicación. Los supuestos de ambas sentencias están relacionados con la extinción de contratos de interinidad para cubrir los sábados las necesidades del servicio con carácter discontinuo de una Sociedad Estatal. Y en ambos procedimientos, las sentencias propuestas de contraste no analizan la falta de denuncia extintiva del contrato de interinidad en la que se sustentan, esencialmente, sendos fallos de las resoluciones recurridas.

10. RECURSO DE REVISIÓN. DOCUMENTOS QUE HABILITAN EL RECURSO

La **STS de 18 de julio de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1062/2012, desestima el recurso de revisión en un procedimiento de despido declarado procedente por STSJ de Cataluña. La parte recurrente, en aplicación de los arts. 86 y 236 LRJS y del art. 510 LEC, solicitó la rescisión de la STSJ de Cataluña y la declaración de la improcedencia del despido porque un Juzgado Central de Instrucción emitió auto posteriormente por el que se acordaba el sobreseimiento provisional y archivo parcial de la causa respecto al recurrente. La imputación en sede penal fue el motivo principal para que el despido fuese declarado procedente. El TS rechaza el recurso de revisión porque: (i) no consta que la sentencia dictada en suplicación fuera firme —requisito imprescindible para el éxito de un recurso de revisión—; (ii) el recurso de revisión contra sentencias firmes debe ser interpretado restrictivamente; (iii) el recurrente ni siquiera identifica el motivo concreto por el que se pretende la revisión de entre los previstos en el art. 510 de la LEC y en el art. 236 de la LRJS; y (iv) ni siquiera se aportó el auto de sobreseimiento parcial del recurrente, que en todo caso no hubiera cambiado el sentido del fallo porque la exculpación provisional del recurrente en el ámbito penal ni es equiparable a su absolución ni presupone la inexistencia de los hechos presuntamente delictivos o su participación en ellos, tal y como exige el art. 86.3 LRJS. Por su parte, la **STS de 14 de septiembre de 2012**, Sala Cuarta, IL J 1111/2012, desestima una demanda de revisión interpuesta por el demandante, que pretendía la rescisión de la sentencia de suplicación, que dio la razón a la empresa demandada en instancia, por considerar que ésta había cumplido los términos del acuerdo extra-judicial alcanzado con el demandante.

No obstante, el demandante solicita la revisión invocando la aparición de otros acuerdos extrajudiciales paralelos que la empresa pudo haber firmado con otros trabajadores. Sin embargo, el TS desestima la demanda de revisión por interposición extemporánea, ya que el artículo 512.2 de la LEC exige que se interponga dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se descubriesen los documentos decisivos. Adicionalmente, el TS considera que constaba suficientemente probado que el actor cobró íntegramente las cantidades acordadas en el acuerdo extra-judicial, por lo que considera que los documentos que el actor invoca en revisión eran irrelevantes.

11. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS. LIQUIDACIÓN DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN

La STSJ de Extremadura de 16 de julio de 2012, IL J 1192/2012, resuelve un procedimiento en fase de ejecución de sentencia en el que se declaró la improcedencia de un despido practicado por un Ayuntamiento, condenándole, a su opción, a que readmitiera al trabajador en las mismas condiciones vigentes con anterioridad al despido o le indemnizara (indemnización más salarios de tramitación). Acordada la ejecución, se fijan mediante auto los importes de principal e intereses y costas. El Ayuntamiento demandado y condenado interpone recurso de reposición frente al auto de ejecución alegando discrepancias en la forma de liquidar los salarios de tramitación. La Sala de lo Social del TSJ de Extremadura desestima la pretensión del Ayuntamiento por cuanto en su sentencia ya se concretaban las fechas de inicio y de finalización de los salarios de tramitación, y por tanto no procedía en fase de ejecución de sentencia concreción alguna sobre ellos. En consecuencia, el TSJ de Extremadura ordena la continuación del procedimiento de ejecución.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
MIGUEL ÁNGEL BUJÁN BRUNET
JESÚS DAVID GARCÍA SÁNCHEZ
DAVID MARTÍNEZ SALDAÑA

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. DELEGADOS DE PREVENCIÓN: DESIGNACIÓN.

2. RECARGO DE PRESTACIONES.

A) Falta de medidas de protección individual.

a) Atrapamiento.

b) Caída vertical.

c) Caída desde andamio tubular.

B) Responsabilidad solidaria del promotor.

3. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL.

A) Contractual: Indemnización de daños y perjuicios (4 de 10).

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica está incluido el análisis de las decisiones judiciales aparecidas en los números 9 a12 de la revista *Información Laboral*, correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2012, que incorporan contenido de seguridad y salud laboral.

1. DELEGADOS DE PREVENCIÓN: DESIGNACIÓN

La **Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 2012, IL J 957/2012**, estudia un caso de impugnación de un convenio donde se pretende la nulidad parcial del establecimiento de una estructura preventiva distinta. No se contempla el derecho del comité provincial de empresa a designar delegados de prevención en dicho ámbito, ni a constituir un comité provincial de seguridad y salud.

En la empresa se han organizado las estructuras de seguridad y salud a través de la constitución de comités de seguridad y salud de grandes centros, que son aquellos dados de alta como centros de trabajo que cuentan con 100 o más trabajadores en activo; estos

conocen de los temas preventivos que surgen en su ámbito de actuación, es decir en su propio centro, siendo designados por y entre los miembros del comité de empresa del concreto centro de trabajo, además de los representantes de la empresa que designa libremente. Por su parte, también el citado convenio designa a los denominados delegados de prevención territoriales para vigilar y controlar la aplicación de la normativa preventiva en los centros de trabajo donde no exista comité de seguridad y salud de grandes centros; sus funciones se ejercen en una unidad territorial determinada; su designación es por y entre la representación sindical en la empresa y se exige que sean delegados de personal, delegados sindicales o miembros de los comités de empresa de la Unidad territorial en la que vayan a ejercer sus competencias.

Esta estructura preventiva no contempla, según se ve, la constitución de comités de seguridad y salud de ámbito provincial ni la designación de delegados de prevención del mismo ámbito por los comités provinciales de empresa. Sin embargo la citada Sentencia de la Audiencia Nacional ve ajustada a derecho esta organización.

La citada sentencia parte del estudio del art. 63.2 LET, que admite la creación de comités de empresa conjuntos, y no se desprende su derecho a constituir un comité de seguridad y salud con idéntico ámbito ni a designar delegados de prevención para ese mismo territorio. En la LPRL no hay esa atribución porque la defensa de la seguridad y salud se confiere nominalmente a los comités de empresa, a los delegados de personal y a los representantes sindicales, debiendo designarse los delegados de prevención por y entre esos representantes así identificados (SSTS de 20 de febrero de 2008, RJ 2008/1901, y 28 de mayo de 2009, RJ 5325/2009).

También se estudia el art. 35.4 LPRL, que establece la posibilidad de que los convenios colectivos puedan disponerse de otros sistemas de designación de los delegados de prevención, siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o de los propios trabajadores; pudiendo a estos efectos que la negociación colectiva o los acuerdos del art. 83.3 LET acuerden que las competencias reconocidas a los delegados de prevención sean ejercidas por órganos específicos creados en el propio convenio o en los acuerdos citados. Esos órganos podrán asumir en los términos y conforme a las modalidades que se acuerden competencias generales respecto del conjunto de los centros de trabajo incluidos en el ámbito de aplicación del convenio o del acuerdo, en orden a fomentar el mejor cumplimiento en ellos de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

Razona la sentencia de la Audiencia Nacional que el convenio impugnado se acoge a este último precepto para crear una estructura participativa ajustada a la organización de la empresa, creando órganos específicos y estableciendo sistemas de designación de los delegados de prevención que recaen en delegados de personal y miembros de comités de empresa.

El Tribunal Supremo ya se había manifestado sobre esta posibilidad (STS de 22 de diciembre de 2008, RJ 2009/1025) que es perfectamente lícita porque la norma contenida en el art. 35.4 LPRL contempla una excepción que autoriza a establecer en los convenios colectivos otro sistema de designación de delegados de prevención y que debe entenderse que se refiere no solo al número de delegados de prevención del número 2 de ese precepto en relación con el número de trabajadores de la empresa, sino también en una interpreta-

ción sistemática coherente a lo dispuesto en el art. 38.2 LPRL, que ordena la constitución de un comité de seguridad y salud en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores como se desprende de la Exposición de Motivos de dicha Ley que, a modo de interpretación auténtica, señala que

«... todo ello sin perjuicio de las posibilidades que otorga la ley a la negociación colectiva para articular de manera diferente los instrumentos de participación de los trabajadores, incluso desde el establecimiento de ámbitos de actuación distintos a los propios del centro de trabajo, recogiendo con ello diferentes experiencias positivas de regulación convencional cuya vigencia plenamente compatible con los objetivos de la ley se salvaguarda a través de la disposición transitoria de ésta».

La Audiencia Nacional sentencia que no es posible una aplicación automática de la ley en virtud de la cual donde exista un comité de empresa deba haber necesariamente un comité de seguridad y salud pues el régimen establecido en el art. 63 LET para los órganos de representación unitaria no establece una excepción similar en favor de la negociación colectiva como la que se contiene en el art. 35.4 LPRL.

2. RECARGO DE PRESTACIONES

A) Falta de medidas de protección individual

a) *Atrapamiento*

La **Sentencia del TSJ de Galicia de 27 de julio de 2012, IL J 1012/2012**, estudia un accidente de trabajo a bordo de un buque mientras se trabajaba con una máquina para el izado de redes que contiene mandos de arranque y parada situados en la posición contraria a la que se encontraba el trabajador, sin que existieran medios de protección adecuados para evitar el atrapamiento del brazo, que es lo que definitivamente se produjo.

La adopción de medidas de seguridad en este supuesto —establece la Sentencia comentada— era fácil y corresponden a la diligencia media exigible a un prudente empleador y su omisión ha ocasionado la condena penal por conducta imprudente.

La citada sentencia estudia la teoría del recargo de prestaciones de seguridad social por falta de medidas de seguridad, señalando:

«1.º) Que existe una obligación empresarial de garantizar a los trabajadores que prestan servicios bajo su dependencia una protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral, tal y como resulta de lo establecido en el art. 19.1 LET a la par que un derecho de todo trabajador a mantener su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene en el trabajo; 2.º) Que la citada obligación estaba plasmada con carácter general en la Ordenanza General de seguridad e higiene en el trabajo que en su art. 7.º establecía como obligación empresarial la de adoptar cuantas medidas fueran necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de las empresas; 3.º) Que en la actualidad la Ley 31/95 de 8 de noviembre, de prevención de riesgos la-

borales plasma los anteriores principios en el art. 14 a través de lo que se ha denominado por la doctrina la “deuda de seguridad” que todo empleador asume con sus productores constituyendo tal normativa la positivización del principio general de derecho “alterum non laedere” debiendo entenderse que el nivel de vigilancia que impone a los empleadores el art. 14 de la LPRL ha de valorarse con criterios de racionalidad según máximas de diligencia ordinaria exigibles a un empresario normal cooperador a los fines de la convivencia industrial, en cuanto impone a los empleadores en la medida que sea razonable y factible garantizar que los lugares de trabajo, operaciones y procesos, sean seguros y no entrañen riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores».

En particular se viene a señalar que el recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad tiene naturaleza mixta de «indemnización sancionadora» y dada tal naturaleza sancionadora del recargo se ha sostenido por la doctrina jurisprudencial su obligada interpretación restrictiva y que su imposición exige como requisitos generales los de: A) Que la empresa haya incumplido alguna medida de seguridad, general o especial, y que ello resulte cumplidamente acreditado porque al ser medida sancionadora resulta aplicable la constitucional presunción de inocencia; B) Que medie relación de causalidad entre la infracción y el accidente de trabajo, lo cual ha de resultar ciertamente probado porque una obligación interpretada restrictiva (derivada de la naturaleza sancionadora) determina que esa relación de causalidad no se presuma y la carga de la prueba sobre tal causalidad corresponde al accidentado o a sus causahabientes; C) Que exista culpa o negligencia por parte de la empresa porque la responsabilidad no es objetiva; D) Que esa culpa o negligencia sea apreciable a la vista de la diligencia exigible que resulta ser la propia de un prudente empleador, atendidos criterios de normalidad y razonabilidad.

La sentencia no tiene en cuenta para inaplicar la teoría del recargo el hecho de que el trabajador accidentado tuviera una elevada formación y experiencia y estuviese en posesión de diversos títulos habilitantes ni que portara un jersey no reglamentario que verdaderamente influyó por su holgura en el atrapamiento; la empresa está obligada directamente a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo adoptando las medidas que la legislación establece con esa finalidad.

Se cita la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de enero de 2010, pues

«... la posible concurrencia de culpa de la víctima no rompe el nexo causal que proviene del agente externo —en este caso los incumplimientos externos de la empresa— salvo cuando el daño se ha producido de forma exclusiva por una actuación culposa imputable a la víctima lo que no ha ocurrido en el presente caso».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2002 señala al respecto que

«... el exceso de confianza del trabajador, que en no pocas ocasiones contribuye a los daños sufridos por los empleados en el ámbito laboral no borra ni elimina la culpa o negligencia de la empresa y sus encargados cuando faltan al deber objetivo de cuidado consistente que el trabajo se desarrolle en condiciones que no propicien esos resultados lesivos».

La imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no opera como causa exclusiva del accidente cuando no tiene entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa pues incluso la propia LPRL dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberán prever la distracción o imprudencia que pudiera cometer el trabajador.

Al hilo de estos argumentos, aduce la sentencia que

«... no incide tampoco en esta conclusión el hecho de que no se haya condenado a la empresa al abono de la indemnización por daños y perjuicios, pues el recargo y la indemnización responden a distintos principios siendo preciso para que concurra la obligación de indemnizar un plus de responsabilidad por parte de la empresa».

Finalmente se analiza la cuantía del recargo del art. 123.1 LGSS en el sentido de que esta norma no contiene criterios de atribución del porcentaje pero sí indica una directriz general para la concreción del referido recargo que es la «gravedad de la falta», configuración normativa que supone reconocer un amplio margen de apreciación del Juez de instancia en la determinación del porcentaje, pero implica también que la decisión jurisdiccional es controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con esa directriz legal, lo cual sucede según el alto Tribunal cuando se fija la cuantía porcentual mínima para infracción muy grave o cuando el porcentaje establecido es el máximo y la falta cometida por su entidad o por sus circunstancias no merece el máximo rigor sancionador.

Por su parte, reiterada doctrina dictada en aplicación expresa del citado art. 123.1 LGSS no deja al libre criterio del INSS o del Juzgado su determinación, sino que concreta el parámetro que ha de tenerse en cuenta, que es la gravedad de la falta. Y para la valoración de ésta han de considerarse tres elementos: 1.º) Mayor o menor posibilidad de accidente; 2.º) mayor o menor gravedad previsible de sus consecuencias para el trabajador; y 3.º) mayor o menor déficit de medidas destinadas a impedirlo.

Pero también debe valorarse —dice la Sentencia comentada— la actuación o conducta del trabajador en la producción del daño o en su minoración o agravación, y la gravedad de las lesiones sufridas. Así, establece que

«... a la vista de los elementos fácticos resulta evidente que la empresa ha incumplido la obligación de dotar al trabajador de medios individuales de protección adecuados además de no adaptar el mecanismo de parada a la posible posición del trabajador, posibilitando con esta negligente actuación la producción del accidente; también que el trabajador ha sufrido una lesión impeditiva al producirse el seccionamiento del brazo derecho —miembro principal— a la altura del codo; igualmente es evidente que el trabajador tenía experiencia y formación para realizar el trabajo encomendado; finalmente debe resaltarse que el portar ropa no reglamentaria ha agravado sin duda la posibilidad de atrapamiento y contribuido a la gravedad de las lesiones».

La Sala concluye, dada la concurrencia de culpas, imponiendo el recargo en su cuantía mínima del 30%.

b) *Caída vertical*

A la **Sentencia del TSJ de Galicia de 3 de julio de 2012, IL J 1076/2012**, se le plantea un caso de accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad adecuadas ante una caída vertical del trabajador con una barandilla de seguridad que cede por la presión o apoyo de un trabajador.

Se infringe el Anexo IV, parte C.3 del RD 167/1997, relativo a las caídas de altura, que dispone que

«... las plataformas, andamios y pasarelas, así como los desniveles, huecos y aberturas existentes en los pisos de las obras, que supongan para los trabajadores un riesgo de caída de altura superior a dos metros, se protegerán mediante barandillas u otro sistema de protección colectiva de seguridad equivalente. Las barandillas serán resistentes, tendrán una altura mínima de noventa centímetros y dispondrán de un reborde de protección, un pasamanos y una protección intermedia que impidan el paso o deslizamiento de los trabajadores».

El trabajador trabajaba para una empresa que había subcontratado los trabajos de construcción de estructura de obra a otra. La barandilla fue dispuesta por la contratante, a la que se impuso en primera instancia en exclusividad el recargo, imponiéndose finalmente dicho recargo de forma solidaria con la contratante.

La sentencia que ahora comentamos se detiene en el art. 123.1 LGSS recordando que éste preceptúa que

«... procederá la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de seguridad social cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador».

Continúa la sentencia con el art. 42 LPRL porque

«... este concepto de responsabilidad por el incumplimiento de los empresarios con sus trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales se reafirma en el art. 42 LPRL cuyo ordinal 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones; en relación con el art. 14.2 y 17.1 LPRL, relacionándolos a todos ellos con el art. 16 del convenio 155 OIT de 22 de junio de 1981 y la Directiva 89/391 CEE».

A la luz de estos preceptos, establece la sentencia que

«... no puede aceptarse la tesis de la recurrente porque, independientemente de que la caída fuera vertical o progresiva, o de que fuera por la fuerza del trabajador para liberar su pie, lo cierto es que se apoyó sobre el listón de la barandilla instalada en el perímetro del forjado, el listón se desprende por un lado y se produce la caída; ello pone en evidencia que las medidas de seguridad no eran adecuadas, una barandilla de seguridad no puede ceder por

la presión o por el hecho de apoyarse un trabajador, ya que su función es evitar las caídas a la zanja y la fragilidad de la barandilla es la causa del accidente de trabajo, además y como informa Asepeyo solo había un listón debiendo ser instalado otro debajo de aquel, y su ausencia es un factor más de riesgo ya que podría haber fallado uno pero el otro haber evitado el accidente».

Se cita la teoría jurisprudencial de la responsabilidad empresarial contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000, la cual viene exigiendo como requisitos determinantes los siguientes:

«1.º) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible al legislador concretar la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador; b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador; y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado».

Continúa citándose esa doctrina jurisprudencial en el sentido de que

«... del juego de los arts. 14.2, 15.4 y 17.1 LPRL se deduce que el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado; deben adoptarse medidas de protección que sean necesarias cualesquiera que ellas fueran; y esa protección se dispensa aun en casos de imprudencia no temeraria del trabajador; no quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquellas consecuencias cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones».

La sentencia concluye

«... que en el presente caso concurre la necesaria relación de causalidad entre la infracción imputable a la empresa y el daño producido porque los incumplimientos imputables al empleador fueron determinantes en la producción del daño, ya que insistimos el factor de riesgo existía y era evidente, estaba constituido no solo por la fragilidad de la barandilla sino por la ausencia del listón intermedio cuya operación se recomienda como medida de protección colectiva, ya que de no ser posible tendrían los trabajadores que usar arneses».

Finalmente se resuelve por la sentencia la imputación de responsabilidad solidaria a la empresa contratante y subcontratista. Con cita de la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 25 de mayo de 2005, rec. 3726/2004—, en relación con las de 18 de abril de 1992 y 16 de diciembre de 1997, rec. 136/1997) se aduce que

«... el trabajo en cuyo desarrollo se produce el accidente tiene o debe tener lugar bajo el control y la inspección de la empresa principal o de la contratista —en caso de subcontrata— en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de éstas, y que además los frutos y consecuencias de este trabajo repercutan en ellas, produciéndose

así una peculiar situación en la que participan los empleados de las distintas empresas implicadas en la cadena de contrata, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran y si es así es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control».

A continuación la sentencia acude a los arts. 24.3 LPRL y 42.3 RDL 5/2000 en relación con el art. 123.1 LGSS, y sostiene que

«... no se discute en este caso que la empresa principal de la obra y la subcontratista se dedican a distinta actividad y ya se ha confirmado el hecho de que el accidente se ha producido por la infracción de medidas de seguridad, lo cual da lugar a la imposición del recargo de prestaciones».

Pero continúa la sentencia:

«... la atribución exclusiva de responsabilidad a la empresa principal hubiera exigido un análisis pormenorizado de las circunstancias y causas del accidente de forma tal que impidiera percibir una participación de la empresa contratada en la formación del sustrato preventivo legalmente exigido. Su exoneración hacía preciso que, pese a haber adoptado por su parte las medidas necesarias en cuestión, sólo la actuación de la empresa principal constituyera causa de la ineficacia de aquellas medidas. Y no es así, cuando el trabajador accidentado lo era de la contrata y ésta había llevado la colocación de las barandillas debiendo haberse percatado de su fragilidad e inoperancia para la finalidad que con ellas se pretendía, por lo que aquí su responsabilidad lo es por culpa *in vigilando*».

c) *Caída desde andamio tubular*

La **Sentencia del TSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2012, IL J 1143/2012**, estudia otro supuesto de omisión de medidas de seguridad. Un empresario principal subcontrata la instalación de cortinas a otra subcontratista y un trabajador de ésta, sin formación en instalación de andamios, cae a distinta altura desde un andamio tubular sin utilizar el arnés obligatorio en estos casos.

Los argumentos utilizados por esta sentencia son idénticos a los utilizados por la anterior citada (**Sentencia del TSJ de Galicia de 3 de julio de 2012, IL J 1076/2012**).

B) **Responsabilidad solidaria del promotor**

La **Sentencia del TSJ de Castilla y León de 31 de octubre de 2012, IL J 1280/2012**, estudia el supuesto de un promotor de una nave ganadera que contrata un proyecto técnico

a un ingeniero y su construcción a varias empresas cada una con un contrato independiente de las demás y que actuaban de manera sucesiva, una elaboró la cimentación, otra la estructura y otra el cierre.

Un trabajador de una de las empresas contratadas cuando se encontraba en el interior de la nave en construcción fue atrapado por el desplome de los pórticos ya montados, y uno de ellos le causó la muerte.

Se aduce en contrario, por la empresa principal, la indebida aplicación del art. 3 del RD 1627/1997, ya que la obra se realizó sucesivamente por empresas independientes y no simultáneamente, por lo que entiende que no era necesaria la figura del coordinador al existir una sola empresa trabajando al tiempo, y además dice que, dado que se desconocía la empresa que iba a trabajar posteriormente, nada se podía coordinar. Alega también que, conforme al art. 7.2 del RD 1627/1997, de no existir coordinador de seguridad sus funciones serán asumidas por la dirección facultativa de la obra. Y, finalmente, niega que la causa del accidente tuviera relación con la falta de designación de coordinador de seguridad, y denuncia que no consta en la sentencia en qué ha podido influir su conducta en la producción del accidente y, por tanto, mantiene que se le sanciona por una conducta en abstracto y no por un hecho concreto.

La sentencia estudiada se refiere a que

«... el art. 2.1 e), f) y g) RD 1627/1998 define las figuras del coordinador en materia de seguridad durante la elaboración del proyecto de obra y durante su ejecución así como la dirección facultativa. Todas estas figuras han de ser designadas por el promotor. El art. 3 RD 1627/1998 insiste en que la designación de los coordinadores en materia de seguridad y salud corresponde al promotor y cuando se habla de que en la obra intervenga más de una empresa o una empresa y autónomos no se distingue si la actuación es simultánea o sucesiva. El art. 9 del referido cuerpo legal establece que entre las funciones del coordinador en materia de seguridad y salud se encuentra planificar los trabajos que se vayan a desarrollar en las diferentes clases, ya sean éstas simultáneas o sucesivas. Por tanto, hemos de partir de que el promotor debió designar un coordinador y la dirección facultativa. Del relato fáctico se deduce que el promotor no solo no designó coordinador de seguridad sino que no consta que existiera dirección facultativa. Por tanto, aunque el recurrente no actuara como contratista principal lo cierto es que como promotor no cumplió las obligaciones de seguridad en el trabajo».

3. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

A) Contractual: Indemnización de daños y perjuicios (4 de 10)

La **Sentencia del TSJ de Galicia de 3 de julio de 2012, IL J 1077/2012**, estudia un caso de enfermedad profesional de un trabajador producida por exposición al amianto en el ambiente de trabajo que queda en incapacidad permanente absoluta, apreciándose en el empresario falta de cumplimiento de las medidas de prevención o seguridad y, por consiguiente, estudia la responsabilidad contractual de este.

El trabajador afecto de enfermedad profesional era oficial 2.^a armador en el centro de prefabricación de una empresa de construcción naval, aunque desde su entrada en la

empresa hasta el puesto anterior trabajó en calderería y forja, donde hubo permanente exposición al amianto.

Se basa la sentencia en la doctrina del Tribunal Supremo que afirma que «la responsabilidad civil supone que una persona ha vulnerado un deber de conducta impuesto en interés de otro y, por ello, queda obligada a resarcirle el daño producido».

«Tradicionalmente [indica la sentencia], esta responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual o aquiliana: La primera supone la transgresión de un deber de conducta impuesto por un contrato, es decir, cuando el hecho determinante del daño surge dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial (STS de 20 julio 1992), de modo que se desenvuelve en el ámbito de lo subjetivo (culpa o negligencia del art. 1104 CC) aun cuando se pretenda objetivar el grado de diligencia debido con la referencia al “buen padre de familia”; es exigible conforme a los arts. 1101 y ss. CC, el primero de los cuales dispone “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas”. La segunda supone la producción de un daño a tercero al margen de una previa relación jurídica y por mera transgresión del deber de abstenerse de un comportamiento lesivo para lo demás —*neminem laedere*—, es decir con entera abstracción de la obligación preexistente (STS de 19 junio 1984); es exigible conforme a los arts. 1902 y 1903 CC, el primero de los cuales dispone “el que por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado”».

Siguiendo con esta doctrina, la sentencia mantiene que

«... en cualquier caso no se ha llegado a la absoluta eliminación del elemento culposo porque su existencia es un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico que impide condenar a quien prueba que actuó con la debida y exigible diligencia siendo la causa de los daños ajena y no previsible, de ahí la necesidad de que se acrediten acciones u omisiones culposas a añadir a la responsabilidad ya reconocida —en su caso— por infracciones de medidas de seguridad, toda vez la existencia de las mismas no comporta necesariamente culpa civil (SSTS de 27 abril 1992 y de 3 diciembre 1998)».

En definitiva, la jurisprudencia (STS de 30 de septiembre de 1997) señala como presupuestos de la responsabilidad indemnizatoria, tanto en la regulación de la culpa contractual como de la extracontractual, los siguientes:

«a) El daño; b) La conducta calificable con una cierta culpa o negligencia; y c) El nexo causal daño-conducta».

Doctrina que es aplicable al presente caso por cuanto el trabajador durante su vida laboral en el sector de la construcción naval, excepto un periodo de tiempo, trabajó expuesto al amianto, y aduce la sentencia que

«... en materia de responsabilidad empresarial derivada de la ausencia de prueba sobre la adopción de medidas de seguridad exigibles, las SSTS de 16 y 24 enero 2012 reseñan la

normativa vigente desde 1940 en relación con las actividades laborales en las que se manipulaba o trabajaba en ambientes con presencia de asbesto o amianto».

Esta normativa se enumera a continuación: A) Orden de 31 de enero de 1940 que aprobó el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (BOE de 28 de febrero de 1940); B) OM de 7 de marzo de 1941 por la que se dictan normas para la prevención e indemnización de la silicosis como enfermedad profesional (BOE de 18 de marzo de 1941); C) Decreto de 10 de enero de 1947, creador del seguro de enfermedades profesionales (BOE de 21 de enero de 1947), que deroga la OM de 7 de marzo de 1941; D) Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se regulan los trabajos prohibidos a la mujer y a los menores (BOE de 26 de agosto de 1957); E) Decreto 792/1961, de 13 de abril, sobre enfermedades profesionales y obra de grandes inválidos y huérfanos de fallecidos por accidente de trabajo o enfermedad profesional (BOE de 30 de mayo de 1961); F) Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre (BOE de 7 de diciembre de 1961), por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas; G) OM de 12 de enero de 1963 (BOE de 13 de marzo de 1963) para dar cumplimiento al art. 17 del Decreto 792/1961 y art. 39 del Reglamento de 9 de mayo de 1962, donde se concretan normas sobre las asbestosis; H) OM de 9 de marzo de 1971, por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (BBOOE de 16 y 17 de marzo de 1971); I) Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales (BOE de 25 de agosto de 1978); J) OM de 21 de julio de 1982 (BOE de 11 de agosto de 1982, sobre condiciones de trabajo con manipulación de amianto; y Resolución de 30 de septiembre de 1982 (BOE de 18 de octubre de 1982); K) Resolución de 30 de septiembre de 1982 (BOE de 18 de octubre de 1982) en su art. 7.º, sobre control médico de los trabajadores.

En el caso enjuiciado, dice la sentencia que

«... acreditada la enfermedad profesional como causa de la incapacidad absoluta así como su actividad laboral en contacto con el amianto resulta el incumplimiento empresarial en la deuda de seguridad exigible, determinante de los daños y perjuicios objeto de esa reclamación, ya que ante la normativa de referencia conocía o debía conocer los efectos perniciosos del amianto sobre la salud de los trabajadores y actuar evitando o limitando la exposición de éstos a dicho mineral; sin embargo no prueba suficientemente que hubiera adoptado medidas de precaución adecuadas y suficientes».

Esta conclusión es a la que llega el Tribunal Supremo (STS de 24 de enero de 2012) al indicar que

«Tratándose de enfermedad profesional con desarrollo ajeno a la conducta del trabajador (...) ante la constatada falta de las legales y reglamentarias medidas de seguridad en el desarrollo de un trabajo de alto riesgo de enfermedad profesional (...) no puede presumirse, tanto más ante la inexistencia de cualquier prueba objetiva en sentido contrario, la ineficacia total de las referidas medidas preventivas establecidas en las sucesivas normas imperativas que las han ido perfeccionando (...) para prevenir, evitar o, como mínimo, disminuir los riesgos, pudiendo establecerse en consecuencia que entre los hechos admitidos o demostrados y el hecho presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, siendo correcto por tanto el razonamiento (...) de que la conducta omisiva

de la empresa supuso una elevación o incremento del riesgo de daño para el bien jurídico protegido por la norma, en este caso la salud de los trabajadores, elevando sustancialmente las probabilidades de acaecimiento del suceso dañoso, como aquí ha ocurrido, lo que nos permite establecer la relación causal entre el conjunto de incumplimientos referido a la enfermedad profesional declarada por exposición continua al amianto».

En suma, concluye el Alto Tribunal (SSTS de 18 de mayo de 2011, rcud. 2621/2010, y de 16 de enero de 2012, rcud. 4142/2010):

«... no cabe duda de que los incumplimientos supusieron un notable y significativo incremento del riesgo para la salud del trabajador de forma que es probable que de haberse seguido desde el principio las prescripciones de seguridad reglamentarias el resultado no hubiese llegado a producirse»-

Finaliza la sentencia —con refuerzo en el art. 96.2 LJS— diciendo que

«... el empresario como deudor de seguridad en el contrato de trabajo y para evitar el daño que finalmente se produjo tenía que haber acreditado que cumplió —lo que no hizo— con las medidas de prevención o seguridad demostrativas de la diligencia exigible, no obstante la diversidad de las mismas de acuerdo con la legalidad vigente durante los períodos que se dejan señalados, y esa omisión encaja con el tipo de responsabilidad prevista en el art. 1101 CC con el efecto indemnizatorio o resarcitorio fijado en la resolución impugnada y que ahora no se cuestiona de forma específica».

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN
MARGARITA APILLUELO MARTÍN
MANUEL GONZÁLEZ LABRADA
ELISA SIERRA HERNÁIZ

Revista de Derecho del Trabajo

Justicia Laboral

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)



Manual de Derecho Procesal Laboral: Teoría y práctica

VV.AA., JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ (DIR.)

Editorial Tecnos, Madrid, 2012, 842 páginas

[FARAH AMAADACHOU KADDUR.

*Becaria de investigación. Departamento de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Granada]*

En 2012, se publica por la Editorial Tecnos un manual innovador y pionero de *Derecho Procesal Laboral: Teoría y práctica*. La calidad de la obra resulta avalada por el reputado conjunto de autores intervinientes, expertos en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, entre los que cabe mencionar a J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete, M.^aN. Moreno Vida, S. Olarte Encabo, J.A. Fernández Avilés, J.L. Ferrer González, F. Fuentes Jódar, V.D. García Aivar, M.^aD. García Valverde, E. Llobregat Martínez, M.L. Mellado Ramos, J.A. Millán Villanueva, R. Moya Amador, R. Muñoz Oya, F. Palma Contreras, P. Rivas Vallejo, J.E. Sánchez Montoya, C. Serrano Falcón, N. Tomás Jiménez, P. Varo Martín, M.M. Velástegui Galisteo, R. Vida Fernández y F. Villa Rodríguez. Todos ellos bajo la dirección de José Luis Monereo Pérez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, analizan rigurosamente toda la temática que gira en torno

al Derecho procesal laboral. Es un manual en el que se ha logrado con éxito conjugar un sólido y completo enfoque teórico con una imprescindible traducción práctica, y es por todo ello en su conjunto que la presente referencia bibliográfica se erige como un claro referente de obligada consulta en la materia.

Como el lector podrá comprobar de manera inmediata, se trata de una obra jurídica de máxima actualidad y que, sin duda, se constituye como una herramienta de suma importancia para garantizar la consecución efectiva de los fines que persigue la disciplina laboral. En definitiva, es evidente la estrecha interconexión entre el Derecho material y su indispensable vertiente procesal.

En el fructífero transcurso de todas y cada una de las páginas que integran esta brillante obra, el lector podrá constatar, gracias a su claridad expositiva, no solo su rico contenido y una sólida argumentación jurídica, junto con continuas referencias jurisprudenciales, sino también una agradecida perspectiva práctica que contribuye a una mejor y mayor comprensión de la materia en cuestión.

Con meritorio esfuerzo y dedicación, la obra recensionada se encuentra sistemáticamente estructurada en dos amplias partes, cada una de cuales está perfectamente integrada por capítulos, abordando cada uno de ellos los aspectos fundamentales referentes al tema que nos ocupa.

Siguiendo este esquema, la obra se inaugura con la Parte Teórica, en la que se analiza todo el Proceso Laboral, sus instituciones y procedimientos. Si bien es cierto que esta Parte Teórica ya se ha venido publicando en dos ediciones anteriores (2010 y 2011), ahora se ofrece oportunamente actualizada con la importante e innovadora Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Comenzando por el Capítulo I, en cuyo seno se estudia en profundidad «El orden jurisdiccional social», se abordan cuestiones tales como: la solución de los conflictos de trabajo, la jurisdicción y los órdenes jurisdiccionales, las fuentes reguladoras del orden jurisdiccional social, así como su organización, el personal al servicio de dicho orden y la competencia que ostenta; junto a estas cuestiones también se contemplan la extensión de la jurisdicción española, conflictos de jurisdicción y conflictos y cuestiones de competencia.

El segundo Capítulo de esta primera parte se titula «El proceso laboral en general. Teoría general del proceso laboral», y para su desarrollo se analiza la configuración del proceso laboral, su fundamento y clases, los principios, las partes y el objeto del proceso laboral, y termina con el estudio del proceso laboral ordinario y las modalidades procesales, desde una perspectiva de conjunto.

Seguidamente, el Capítulo III, sobre «El proceso laboral ordinario o común», hace un completo recorrido partiendo de unas ideas generales sobre el proceso ordinario y su aplicación al proceso laboral, los actos procesales, los actos preprocesales de evitación del proceso, el principio de congruencia y los actos preprocesales, el inicio del proceso común desde un planteamiento general sobre el proceso ordinario y las modalidades procedimentales, y concluye con un completo estudio sobre el desarrollo del proceso.

El Capítulo IV centra su interés en «El proceso monitorio laboral», y para ello analiza el origen y la finalidad de esta nueva modalidad procesal, su objeto y las especialidades en su tramitación procesal.

A continuación, el Capítulo V, bajo la rúbrica «Las modalidades procesales», aborda aspectos tan trascendentales como la fundamentación de su especialidad, los procesos por despidos y otras causas de extinción de la relación laboral, el proceso para la impugnación de sanciones, el proceso por vacaciones, reclamaciones en materia de clasificación profesional, impugnación en materia de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada

por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, el proceso en materia de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente, los procesos de carácter colectivo, el proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, procesos de oficio, el proceso contencioso laboral y los procesos en materia de Seguridad Social.

Inmediatamente después nos encontramos con el Capítulo VI, que trata «Los medios de impugnación. Los recursos», a tenor del cual comienza con unas consideraciones generales sobre los recursos y su función procesal, y criterios de clasificación; más específicamente, se analiza el recurso de reposición, el extinto recurso de súplica, el «recurso directo de revisión», el recurso de queja, el recurso de suplicación y la casación laboral, y termina con el recurso de revisión de sentencias y laudos firmes y proceso de error judicial.

El Capítulo VII se titula «El proceso de ejecución» y en él se abordan los aspectos generales concernientes a los procesos de ejecución en el orden social, la ejecución laboral ordinaria, las ejecuciones especiales y la ejecución provisional.

El broche final a esta Parte Teórica corre a cargo del Capítulo VIII, que lleva por rúbrica «El proceso cautelar en el orden social» y, con motivo de él, se estudia la configuración general, el fundamento y la función del proceso cautelar y las medidas precautorias, el «proceso cautelar» común en el orden social: el embargo preventivo y las medidas cautelares específicas en el orden social recogidas en algunas de las modalidades procesales.

A continuación, el lector tendrá a su entera disposición una nutrida Parte Práctico-Audiovisual, certeramente estructurada en numerosas e interesantes unidades didácticas, en las que se han reproducido supuestos reales de mediaciones y conciliaciones en el SERCLA, en el CMAC, y ante la Secretaría Judicial. Del mismo modo, se han grabado seis juicios en los Juzgados de lo Social.

Cada una de las unidades didácticas contempla un supuesto de hecho ficticio de la práctica ha-

bitual en la solución de conflictos jurídicos, y va acompañado de todos los documentos, formularios y actuaciones de organismos de carácter administrativo de los Juzgados de lo social y de los profesionales del Derecho del trabajo.

La primera unidad didáctica, «De la evitación del proceso», aborda concretamente la conciliación previa ante el CMAC, la conciliación-mediación previa ante el SERCLA y la reclamación administrativa previa a la vía judicial; finalmente, se incluyen, no solo en esta unidad didáctica sino en todas las demás, unas oportunas consideraciones teóricas y su correspondiente cuestionario de autoevaluación.

La unidad didáctica número 2 se centra en el tema de la «Conciliación judicial. Artículo 84 LJS».

Seguidamente, la unidad didáctica 3 trata el «Proceso ordinario. Acumulación de acciones: extinción del contrato del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores y reclamación de cantidad», y en ella se contempla el escrito de demanda, el acto del juicio oral y la sentencia.

La unidad didáctica 4, sobre el «Proceso ordinario. Reclamación de cantidad» contiene, igualmente que en la anterior, el escrito de demanda, el acto de juicio oral y la sentencia.

La unidad didáctica 5, relativa al «Proceso de despido disciplinario», sigue el mismo esquema que las dos unidades anteriores, esto es, el escrito de demanda, el acto de juicio oral y la sentencia.

En la unidad didáctica 6 la atención se centra en el «Proceso en materia de Seguridad Social», y comienza con el expediente administrativo previo, los oportunos escritos de demandas, el acto de juicio oral y, finalmente, la sentencia.

La unidad didáctica 7, relativa al «Proceso de conflicto colectivo», sigue el mismo esquema, es decir, escrito de demanda, acto de juicio oral y sentencia.

La última unidad didáctica, la número 8, aborda el «Proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas» y, como sucede en las anteriores, contempla el escrito de demanda, el acto de juicio oral y la sentencia.

Al final de la obra se recogen todas las soluciones a los cuestionarios de autoevaluación que,

como ya se ha indicado, contienen todas las unidades didácticas que integran la Parte Práctica del Manual.

En definitiva, el lector tiene entre sus manos una magnífica obra que ofrece una visión completa del Proceso Laboral, que consigue aunar con éxito dos vertientes interdependientes, teórica y práctica, en el estudio de la materia, permitiendo un completo conocimiento del derecho sustantivo perfectamente conectado con su aplicación efectiva a la realidad práctica, que permite visualizar el contenido y desarrollo de las materias que se estudian, que resulta ser absolutamente esencial para que los estudiosos del Derecho Procesal tengan una comprensión global y especializada del desenvolvimiento vital y real del sistema de procedimiento laboral.



Manual de Derecho Sindical

JOSÉ VIDA SORIA, JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ,
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE
y MARÍA NIEVES MORENO VIDA

Editorial Comares, Granada, 2012, 371 páginas

[FARAH AMAADACHOU KADDUR.

*Becaria de investigación. Departamento de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Granada]*

Este *Manual de Derecho Sindical* de la Editorial Comares que se presenta como novedad bibliográfica es una obra que resulta ser avalada por un prestigioso plantel de autores, todos ellos Catedráticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, procedentes de las Universidades de Granada y Jaén, de reconocida solvencia académica y científica, en esta y en otras materias conexas, que cuentan con una relevante trayectoria docente e investigadora en todo lo concerniente

a esta disciplina. Al bagaje de conocimientos acumulados a lo largo de varias décadas de estudio suman una importante y aquilatada experiencia práctica, de ahí el sello de éxito asegurado que presenta esta excelente obra colectiva, que con vocación de continuidad pretende garantizar un esfuerzo de sistematización y actualización permanentes para el conocimiento preciso y riguroso de esta materia. Es por ello que esta séptima edición, que por supuesto toma en consideración las experiencias de las anteriores ediciones, reafirma una vez más su condición de referencia bibliográfica.

La perspectiva metodológica que adopta este *Manual de Derecho Sindical* consiste, básicamente, en el estudio de las diversas instituciones que conforman este Derecho, partiendo de la ordenación jurídica de las relaciones de conflicto existentes en la dinámica de las relaciones de producción y teniendo en cuenta esa implicación de lo sociológico y lo político en la regulación jurídica. Es por ello que el análisis del Derecho Sindical que realiza esta obra adopta esta metodología, con arreglo a la siguiente sistemática, en torno a los tres núcleos de imputación normativa que constituyen el contenido esencial de esta disciplina:

En primer lugar, el estudio de las organizaciones de trabajadores y de empresarios conlleva un ineludible análisis de cuestiones tales como:

1. El sindicalismo: el proceso histórico y jurídico de personificación del interés colectivo y la configuración del sindicato y otros sujetos sindicales y del sindicalismo patronal.
2. El Derecho Sindical: el sindicalismo, el sindicato y el ordenamiento jurídico, así como los modelos jurídico-sindicales que aparecen como resultado de la actitud adoptada por el Estado cuando se enfrenta al fenómeno sindical.
3. El ordenamiento sindical en España: el estudio del Derecho positivo vigente regulador de las libertades sindicales y de los sujetos

sindicales (sindicato y representaciones específicas de los trabajadores en la empresa).

En segundo lugar, la atención se dirige directamente al análisis de la autonomía colectiva profesional reconocida a las representaciones de trabajadores y de empresarios: la negociación colectiva y el convenio colectivo.

En tercer y último lugar, la obra se dedica al estudio de la autotutela colectiva de intereses profesionales (los conflictos colectivos de trabajo); concretamente se centra de manera especial en las siguientes cuestiones: el estudio de las relaciones de conflicto existentes en la dinámica de las relaciones de trabajo y sus mecanismos de composición en base a los principios adoptados por el ordenamiento jurídico para ello, los procedimientos de solución de los conflictos colectivos de trabajo y los procedimientos de presión paralelos (huelga y cierre patronal).

Por tanto, no cabe la menor duda de la trascendencia que impregna la materia objeto de estudio de este Manual, teniendo siempre presente que el Derecho Sindical y el Derecho del Trabajo (en sentido tradicional o en sentido amplio, futurible) son disciplinas interdependientes y, por supuesto, complementarias.

Como conclusión, tal y como se ha puesto de relieve a lo largo de esta reseña bibliográfica, cabe decir que nos encontramos ante un magnífico *Manual de Derecho Sindical* que cubre de manera excelente la materia objeto de estudio, en la que se logra conjugar de manera exitosa un análisis riguroso con el empleo de una depurada y adecuada metodología.

Se complementa, aún más si cabe, con un continuo enfoque crítico sobre la base de la concreción y una agradecida claridad expositiva que contribuyen a su máxima comprensión. Indudablemente, está llamada a adquirir la condición de obligada referencia y consulta no solo para la doctrina jurídica, sino para todo aquél que deba interesarse por esta materia de trascendencia inquestionable en nuestra realidad social, así como en el ámbito de las relaciones laborales.



Manual de Seguridad Social

JOSÉ VIDA SORIA, JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ,
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE
Y ROSA QUESADA SEGURA

Editorial Tecnos, Madrid, 2012, 700 páginas

[FARAH AMAADACHOU KADDUR.

*Becaria de investigación. Departamento de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Granada]*

Acaba de publicarse, por la editorial Tecnos, una nueva edición —concretamente la octava— del *Manual de Seguridad Social*, en la que se actualizan los contenidos del Sistema Español de Seguridad Social, incluyendo tanto las normas legales y reglamentarias publicadas en el Boletín Oficial del Estado hasta septiembre de 2012, así como los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia. Para la elaboración de este Manual se ha tenido el inmenso honor de contar con prestigiosos Catedráticos del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social de diversas Universidades de nuestro país que, junto al bagaje de conocimientos teóricos acumulados a lo largo de varias décadas de estudio, suman una importante experiencia práctica.

Es por ello que esta octava edición, que toma en consideración la consolidada experiencia fruto de las anteriores ediciones, da cuenta sistemática de todas y cada una de las reformas introducidas en el Sistema de Seguridad Social español, por las normas de rango legal y reglamentario más recientes. Más concretamente, se ha tenido en cuenta el proceso de reforma legislativa en curso, en desarrollo y revisión del «Pacto de Toledo» que está suponiendo la racionalización y, cómo no, el replanteamiento del modelo de Seguridad Social tradicionalmente asentado en nuestro país.

El contenido del Manual que se reseña se encuentra estructurado sistemáticamente en un total de 19 Capítulos logrando, de este modo, un completo y profundo estudio del tema que ocupa.

Esta magnífica obra queda inaugurada con el Capítulo 1, dedicado enteramente a «La configuración general del “Sistema” de Seguridad Social (formación y evolución histórico-crítica de la Seguridad Social y descripción del Sistema y su futuro)», comenzando con un oportuno planteamiento general introductorio, prosigue con el estudio de la Seguridad Social y la asistencia social en el ordenamiento jurídico, así como la conceptualización normativa (técnico-legislativa) de la Seguridad Social y la panorámica del Sistema de fuentes del Derecho Positivo de la Seguridad Social. Inmediatamente después, nos ofrece una aproximación sistemática a la Seguridad Social, particularmente la estructura básica del «sistema normativo» de la Seguridad Social. Este primer Capítulo finaliza con dos puntos claves, uno referido a la construcción de un «Derecho común» de la Seguridad Social y, el último, repensando desde un punto de vista crítico el Sistema de Seguridad Social.

A continuación, el Capítulo 2, sobre «El ámbito subjetivo de aplicación de la Seguridad Social», se desgrana en cuatro epígrafes fundamentales, el primero recoge planteamientos político-jurídicos, el segundo se centra en la delimitación del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social, el tercero plantea la conservación voluntaria de la condición de asegurado y el «convenio especial» de Seguridad Social, y el cuarto y último epígrafe, que cierra este Capítulo 2, analiza la figura del empresario en el Sistema de Seguridad Social.

El Capítulo 3 se encuentra dedicado a «La ordenación jurídica de la gestión de la Seguridad Social», a tenor del cual se estudian las opciones básicas en materia de gestión de la Seguridad Social: del ámbito de lo privado hacia la publicación, así como la gestión directa, la gestión indirecta, la centralización y descentralización, la gestión burocrática, la gestión democrática y la participación. Siguiendo esta dirección, se analizan los principios generales del ordenamiento positivo, la organización de la gestión a nivel

estatal de la Seguridad Social, la colaboración en la gestión y también otras formas de colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

Después, en el Capítulo 4 se aborda el tema de los «Actos y relaciones jurídicas de matriculación (encuadramiento: inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores), y por ello se estudia el origen y significados, político-burocrático y técnico-jurídico, de los actos de matriculación (las técnicas del seguro, el seguro social y la Seguridad Social), la inscripción de empresas, la afiliación de trabajadores, las altas y los tipos de alta, las bajas, los denominados «Sistemas especiales» en orden al encuadramiento, afiliación, altas y bajas, recaudación de cuotas. Igualmente, analiza el «Convenio especial» con el Sistema (asimilación al alta en el supuesto de suscripción del sujeto beneficiario de «Convenio especial» con las entidades gestoras), los actos peculiares de matriculación en supuestos especiales y los actos de matriculación en regímenes especiales.

El Capítulo 5 se centra en las cuestiones que giran en torno a la «Financiación de la Seguridad Social. La cotización», empezando con unos planteamientos político-jurídicos y el elenco de opciones básicas, la evolución del sistema, la ordenación jurídica de la financiación del Sistema, un estudio concreto y pormenorizado del régimen jurídico de la cotización y el régimen jurídico, tanto de los «presupuestos» como de la «intervención» en la Seguridad Social.

Seguidamente, el Capítulo 6 está enteramente dedicado a «La “acción protectora”. Ámbito objetivo de la Seguridad Social», y como su propio título nos indica trata la «acción protectora» de nuestro Sistema de Seguridad Social, las contingencias protegidas y las prestaciones.

Con el Capítulo 7 se estudia «La instrumentación jurídica del ámbito objetivo de la Seguridad Social: régimen jurídico general del derecho a prestaciones y régimen jurídico general de las prestaciones». Los siete epígrafes que integran este Capítulo son: la relación jurídica de prestaciones y la relación jurídica de «Seguridad Social», la estructura de la relación jurídica de prestaciones, los caracteres y garantías generales de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social, las reglas sobre prescripción y caducidad

del derecho a prestaciones, las reglas sobre reintegro de prestaciones indebidas, el principio de indisponibilidad e irrenunciabilidad de derechos de Seguridad Social y la compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones.

A continuación, la obra recensionada dedica un importante número de capítulos al estudio detallado y pormenorizado de las prestaciones que ofrece nuestro Sistema de Seguridad Social; concretamente, el Capítulo 8 está enteramente dedicado al estudio de «Las prestaciones (I): el régimen jurídico de las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad-paternidad y riesgo durante el embarazo»; el Capítulo 9 analiza «Las prestaciones (II): protección frente a la “invalidez”. Las prestaciones por incapacidad permanente»; el Capítulo 10 aborda «Las prestaciones (III): la protección a la vejez. Protección por jubilación»; el Capítulo 11 desarrolla «Las prestaciones (IV): protección para situaciones derivadas de muerte (prestaciones a supervivientes)»; el Capítulo 12 está referido a «Las prestaciones (V): la protección social a la familia. Las prestaciones familiares»; el Capítulo 13 se centra en «Las prestaciones (VI): la protección por desempleo»; el Capítulo 14 examina «Las prestaciones (VII): La protección de la salud como contingencia cubierta. Prestaciones sanitarias y organización del Sistema Nacional de Salud»; y culmina con el Capítulo 15, que profundiza sobre «Las prestaciones (VIII): prestaciones complementarias internas de “acción social” en el Sistema de Seguridad Social. Asistencia social y servicios sociales».

De manera detallada, el Capítulo 16 recopila todas las cuestiones concernientes a «Un nuevo derecho social universal: El Sistema “Nacional” de atención a la dependencia», introduciendo planteamientos de política jurídica y delimitando la situación protegida, el ámbito de aplicación subjetivo, los ejes básicos del SNAD, la financiación y gestión del SNAD, las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, y concluye este capítulo con el nuevo régimen «regresivo» introducido por el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio.

El Capítulo 17 indaga sobre «Los regímenes especiales de la Seguridad Social: de la fragmentación a la convergencia», incidiendo básicamente

en dos cuestiones claves para su estudio: de un lado, el origen y sentido de los regímenes especiales; por otro lado, las peculiaridades y los aspectos básicos de cada uno de ellos (del Sistema Especial Agrario, el Régimen Especial de Trabajadores del Mar —RETM—, el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos —RETA—, el Sistema Especial de personas Empleadas de Hogar, el Régimen Especial de los Estudiantes —RESSE—, el Régimen Especial de la Minería del Carbón y los Regímenes Especiales de los Funcionarios.

Casi finalizando el contenido que desarrolla este Manual, el Capítulo 18 profundiza sobre el tema de «La iniciativa privada: protección social complementaria», y para ello identifica y estudia las modalidades de la protección social complementaria, las modalidades, el contenido y los modos de gestión de las mejoras voluntarias, las fundaciones laborales y entidades de previsión social, así como todos los aspectos relativos a la configuración jurídica y principios constitutivos de los planes y fondos de pensiones.

Como broche final de esta completa y excelente obra, el Capítulo 19 desarrolla «La garantía jurisdiccional del “Sistema”: los “Procesos” de Seguridad Social».

En conclusión, nos encontramos ante un *Manual de Seguridad Social* que, indudablemente, está llamado a ser un texto de referencia, tanto para estudiantes como para profesionales, y que permite obtener una visión completa, clarificadora, sistemática y siempre viva de las instituciones, normas y prácticas de un sector diferenciado del Ordenamiento Jurídico tan complejo y dinámico como es el de la actividad pública del Estado en materia de prestaciones de nuestro Sistema de Seguridad Social, en su más amplio sentido.

Debe añadirse que la vocación de continuidad de esta obra pretende garantizar un esfuerzo de sistematización y actualización permanentes para el conocimiento preciso y riguroso de una materia que afecta nada más y nada menos que al Estado de bienestar, de ahí el grado máximo de su importancia.

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: roberto.alonso@thomsonreuters.com. 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 espacio 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.