

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 51

Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Justicia Laboral

© Lex Nova 2012

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

Impresión

GRAFOLEX, S.L.U.
Fernández Ladreda, 16-17
47008 Valladolid

Depósito Legal: VA. 157-2000

ISSN 1576-169X

Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General

Daniel Tejada Benavides

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

La Editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase 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 consecuente 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.

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



CARHUS PLUS



CSIC

Dialnet



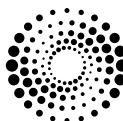
IN-RECJ



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

ABDÓN PEDRAJAS, *IN MEMORIAM*

El laboralismo español ha sufrido en los últimos tiempos pérdidas muy dolorosas a las que, junto a las de Pedro Gete Castrillo y Miguel Ángel Alcaráz García, se viene a sumar ahora, de manera también cruel, la de Abdón Pedrajas Moreno.

Abdón Pedrajas ha sido un referente durante décadas en la doctrina científica y en la abogacía laboralista española. En la Universidad de Valencia, en unos años difíciles pero que siempre recordó con extraordinario cariño y mucha pasión, compartió aula con compañeros y amigos que compusieron una gran promoción, dejándonos una pléyade de ilustres juristas. Allí se forjaron los pilares de su formación bajo la influencia, luego perenne en su vida académica y profesional, del Profesor Borrajo Dacruz, a quien siempre reconoció como su maestro.

Ya en Madrid, comenzó su carrera como abogado fundando su propio despacho en 1968, lo que le condujo a una inicial dedicación multidisciplinar de la que siempre habló con orgullo. Entendía que le había permitido adquirir sólidas bases técnicas y deontológicas para el ejercicio de la profesión. En esos años iniciales también ejerció la profesión participando activamente en iniciativas comprometidas con los valores democráticos. Como consecuencia de ello encontró algunos, llamémosles, contratiempos que no le impidieron recordar con un punto de nostalgia aquellos momentos. Si, desde su apabullante tolerancia y capacidad de conexión con los más jóvenes, algo les reprochaba ahora era, precisamente, el déficit que detectaba en su compromiso con valores que trascienden del interés personal para proyectarse sobre el bien común.

La concepción de la abogacía que atesoró Abdón Pedrajas se sustentaba en varias claves. Una alta consideración de la Justicia y de la relevancia que para conseguir que se impartiera adecuadamente tiene el oficio de abogado. Un respeto casi sacramental por el cliente, adoptando frente a él una posición de absoluta honradez intelectual; nunca admitió discurrir por el camino de diagnósticos triunfalistas, sesgados o limitados que pudieran servir antes a posibles intereses del Despacho que a los del cliente. De otra parte, respeto personal e intelectual, cordialidad y afecto por todos los compañeros de profesión. Junto a todo ello, sus jornadas de interminable dedicación encontraban parte de razón en una obsesión: la continua formación personal. Un buen abogado es un abogado, argumentaba, que tiene bases sólidas y que se ocupa de su constante actualización. En esa labor su inmenso amor por los libros, a los que entregaba inagotablemente tiempo y recursos, le facilitó una tarea que, para muchos otros, resulta agotadora.

Fue en la Universidad Complutense donde se inició, en 1974, la relación de Abdón Pedrajas como docente con la universidad, cuando comenzó a colaborar como profesor ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Posteriormente, tras una brillante tesis doctoral dedicada a la *Excedencia laboral y funcionarial*, vendría la con-

dición de Profesor titular en esa misma Universidad y, en 1998, la Cátedra en la Universidad de Burgos.

Quienes conocieron a Abdón Pedrajas pueden dar fe del coste personal de su vocación universitaria. También en esta faceta de su vida profesional encontramos una entrega desinteresada que permite explicar cómo pudo atender y potenciar, con ayuda de sus queridos colaboradores en Burgos, el Departamento de Derecho del Trabajo de dicha Facultad. Pocas personas habrán pasado tantos amaneceres discurriendo, en ambos sentidos, por la carretera que une Madrid con Burgos, ni tantas noches en vela elaborando trabajos de investigación y documentos docentes. Nada de ello perjudicó nunca su atención a los clientes y a sus compañeros en el Despacho.

Su labor de investigación se materializó en múltiples monografías, colaboraciones, participación en publicaciones especializadas y en proyectos de investigación. Creo no equivocarme si cito *Despido y derechos fundamentales* como una de las obras esenciales en su producción científica. En ella acometió el problema de la efectividad de los derechos fundamentales «*de la persona*» (una vez más subrayó ese concepto), escogiendo como referencia la institución del despido, donde «*se acentúan y evidencian con mayor facilidad las tensiones entre el interés empresarial y el necesario respeto a los derechos fundamentales*». La dedicatoria en las páginas iniciales a sus tres hijos da buena cuenta de la importante significación que también para el autor tuvo esa obra y su proceso de elaboración.

La antes mencionada concepción poliédrica del saber jurídico y del ejercicio de la abogacía se plasmó también en su actividad universitaria. Especial cariño derrochó en la organización de las *Jornadas Universitarias Burgalesas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, que tuvieron como resultado, entre otros, dos interesantes monografías dirigidas por el Profesor Pedrajas, *Puntos críticos interdisciplinarios de las relaciones laborales* y *La externalización de actividades laborales: una visión interdisciplinar*.

La robustez del saber jurídico de Abdón Pedrajas, resultado de esa profundidad en el estudio y en la investigación y de la intensidad de su labor como abogado, le otorgaron una poco frecuente capacidad para, desde la aplicación de la imaginación, encontrar soluciones innovadoras a los problemas más endiablados. A pesar de la brillantez de muchas de sus construcciones jurídicas, siempre las sometía, con humildad, receptividad y con amplitud de miras, al juicio crítico de sus compañeros y amigos.

Siempre consiguió, desde la constante preocupación personal por los demás, desde la creación de espacios abiertos de diálogo y discusión y desde la entrega constante a quienes le rodeaban, que éstos fueran capaces de identificar en sí mismos valores que, quizá, desconocían. También desde esa perspectiva Abdón Pedrajas era excepcional.

Los días con Abdón eran enriquecedores, siempre interesantes y también divertidos. Debemos intentar que sigan siéndolo.

IVÁN LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA

Socio Director, Área Laboral *Abdón Pedrajas&Molero*
Profesor Asociado de Derecho del Trabajo. UCM

CINCUENTA NÚMEROS DE *JUSTICIA LABORAL*

El número anterior de *Justicia Laboral* fue su número 50, al que se ha llegado tras doce años de intenso trabajo.

Es un motivo de orgullo y de alegría, pero sobre todo de profundo agradecimiento a todos quienes lo han hecho posible, especialmente tras estos últimos años de singular dificultad para nuestro país y para la edición de revistas como *Justicia Laboral*.

Es obligado recordar aquí, en este sentido, al Consejo de Redacción de la revista, a su Comité de Evaluación Externo y, muy especialmente, a los equipos que tan esforzadamente elaboran número a número, y no siempre en las mejores condiciones, las Crónicas de Jurisprudencia que constituyen la «seña de identidad» y el «corazón», cabe decir, de *Justicia Laboral*.

Pero la revista no sería lo que es sin los numerosos autores que han optado por enviar sus artículos doctrinales a *Justicia Laboral*. A todos y cada uno de ellos les trasladamos nuestro reconocimiento y máxima gratitud, al igual que nos resulta inexcusable hacerlo con todos quienes trabajan en Lex Nova, por seguir confiando en nosotros después de tanto tiempo: sin su inmenso esfuerzo la publicación de cada número sería sencillamente imposible.

La vocación de *Justicia Laboral* seguirá siendo en el futuro, de un lado, proporcionar una tribuna a todos los autores que quieran expresar libremente sus ideas sin otra exigencia que la del rigor y la solvencia. Y, de otro, seguir con toda atención y cuidado la creación y evolución de la jurisprudencia y de la doctrina judicial, en unos momentos en que la tarea interpretativa y aplicativa es singularmente compleja por los cambios normativos constantes e incesantes. Estos cambios son seguramente inevitables, con independencia —claro está— de que no tienen por qué ser los que son o han sido y de que, en todo caso —¡sólo faltaría!—, la crítica razonada no solo es legítima, sino que resulta imprescindible.

Pero el caso es que los cambios permanentes, además de poder comprometer la coherencia del sistema y la seguridad jurídica, obligan a un gigantesco esfuerzo de actualización. En este «viaje», a veces agotador, pero siempre apasionante, *Justicia Laboral* quiere y tiene el reto de seguir acompañado y sirviendo a los profesionales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. ¡Ojalá lo consigamos!

Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
Jesús R. MERCADER UGUINA

EDITORIAL

OBSOLESCENCIA NORMATIVA E INTERPRETACIÓN JUDICIAL: EL CASO DE LOS COMEDORES PARA OBREROS Y ALGÚN OTRO EJEMPLO

Aunque la idea de obsolescencia se identifica con la caída en desuso de máquinas, equipos y tecnologías motivada no por un mal funcionamiento del mismo, sino por un insuficiente desempeño de sus funciones en comparación con las nuevas máquinas, equipos y tecnologías introducidos en el mercado, dicho concepto podría trasladarse al terreno jurídico para identificar aquellas normas a las que el paso del tiempo ha hecho perder la razón de ser que sirvió de fundamento a su inicial establecimiento. Ciertamente es que en estos momentos caracterizados por la legislación motorizada y el cambio permanente no deja de resultar sorprendente encontrar todavía disposiciones dictadas en los años treinta de las que todavía se debate su vigencia actual.

No cabe duda de que la aprobación de un texto refundido como lo es el Estatuto de los Trabajadores supuso una profunda depuración del sistema normativo preconstitucional y llevó consigo automáticamente la derogación de los diferentes textos legales objeto de refundición. La vieja tesis según la cual los textos refundidos, dado su contenido repetitivo, carecerían de *vis abrogandi* y se limitarían a ser meras compilaciones o, con más propiedad, simples fuentes de conocimiento, es, se ha dicho, absolutamente inaceptable (L.M. DÍEZ-PICAZO). En suma, como señalara GARCÍA DE ENTERRÍA, «hablar de que el texto refundido deja en vigor con su misma eficacia originaria las normas objeto de refundición, es negar a los textos refundidos toda razón de ser».

Pero la citada función de depuración normativa no resolvió todos los problemas de vigencia que orbitan en torno a la disposición refundidora. Ello explica el recurso que incorporó la Disposición Derogatoria del Estatuto de los Trabajadores en el que incorporaba la técnica de derogación tácita: «Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en esta Ley». Pero es evidente que dicha respuesta no resultó satisfactoria y ello dado que este tipo de formas derogatorias tácitas han sido calificadas como de «cláusulas inútiles». Es más, podría incluso afirmarse que «en nuestro ordenamiento estas cláusulas derogatorias genéricas, no sólo son inútiles, sino que incluso podrían ser consideradas como contrarias a derecho si se interpreta, como parece aconsejable, que el art. 2.2 CC exige que la declaración acote como mínimo la materia a la que afecta» (VIVER PI-SUNYER). Es, precisamente, esta indeterminación en la definición del alcance de dichas derogaciones tácitas lo que ha producido a lo largo del tiempo diversos debates sobre la vigencia actual de normas preconstitucionales en materia laboral.

Uno no demasiado lejano en el tiempo fue el planteado a propósito del Decreto de 2 de marzo de 1944, que regula una obligación de indemnización por parte del empresario

en caso de muerte natural del trabajador, denominada «socorro de defunción». Esta norma regulaba la indemnización que debían recibir del empresario los derechohabientes de un trabajador que falleciera por causas naturales, lo que se traducía en quince días del salario que el causante disfrutaba en el momento de su muerte. El Decreto de 2 de marzo, bajo el rótulo de «Indemnización a familias de trabajadores al fallecimiento de éstos por muerte natural», establece en su art. 10 que «en caso de fallecimiento de un trabajador, debido a causa natural, su empresario vendrá obligado a abonar a los derecho-habientes de aquél, por el orden que después se indica, una indemnización equivalente a 15 días del jornal o salario que disfrutaba en el momento de su muerte, excepto en el caso de que el jornal o salario fuese distinto, según la época del año, en cuya hipótesis se computarán dichos 15 días de haber dividiendo el total de lo percibido en el año anterior por 365 días y multiplicando el cociente por 15, lo que dará como resultado la cantidad abonable». A su vez, en el art. 20 ordena que «únicamente se pagará la indemnización establecida cuando el difunto deje alguno de los parientes que a continuación se indican, en las circunstancias que a continuación se expresan: Viuda. Descendientes legítimos o naturales reconocidos menores de dieciocho años o inútiles para el trabajo. Hermanos huérfanos menores de la mencionada edad que estuviesen a su cargo; o ascendientes pobres con tal de que sean sexagenarios o incapacitados para el trabajo». Los dos últimos artículos facultan al Ministerio de Trabajo para dictar normas de desarrollo y fijan su vigencia en la fecha de su publicación. Su preámbulo venía a justificar la novedad en «el momentáneo alivio que iba a producir a las familias, privadas de los medios económicos que aportaba el trabajador, siendo muchas las empresas que venían atendiendo esa situación por tal causa, sin que dicha práctica se estime perjudicial para el normal desenvolvimiento de las empresas, dada la poca frecuencia del evento».

La vigencia de la referida disposición generó significativas dudas interpretativas. Inicialmente, la STSJ de Cataluña de 19 de abril de 2002 (R.º 6513/2001) cuestionó su vigencia al considerar que «la norma reguladora de dicha indemnización, ha de estimarse derogada, a partir de la vigencia del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por L. 8/1980, de 10 de marzo, al señalar que quedaban derogadas cuantas disposiciones anteriores se opongan al mismo; de modo que regulada la extinción del contrato de trabajo por muerte del trabajador, sin derecho a indemnización, salvo las prestaciones convencionales, contractuales y de Seguridad Social, en el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores, como con acierto señala la resolución recurrida; no puede prosperar la pretensión actora que se apoya en la referida norma derogada».

Con posterioridad, la STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2005 (R.º 3/2005) afirmó su vigencia. La misma entendía que la falta de derogación del Decreto de 2 de marzo de 1944 por el ET no podía alcanzarse «por muy inconstitucional que sean algunos de esos mandatos, pues la depuración exigida por nuestra Carta Magna llevará a salvar los efectos incompatibles con sus reglas (por ejemplo, la limitación de su alcance a los viudos), pero nunca a su derogación en los extremos compatibles con ésta o con cualquier otra norma posterior de rango legal o reglamentario de orden superior (Decreto)». Dicha sentencia concluía, también, que «tampoco cabe estimar que la derogación del Decreto de 2 de marzo de 1944 proviene de la actual protección que nuestro sistema de seguridad social efectúa del riesgo de muerte del trabajador, ya que la norma en cuestión no era una norma de protección social sino reguladora del contrato de trabajo y aunque su finalidad podía ser propia

del auxilio social (tan característico de la época en que nació), no hay que olvidar que ya entonces se permitía un régimen de mutualismo laboral que atendiera el riesgo de muerte, en clara muestra de la compatibilidad de la indemnización con el régimen de protección social. Por otra parte, subsiste hoy en día la diferencia de trato entre la protección que nuestro sistema de seguridad social otorga en caso de muerte debida a causa laboral, respecto a la que es ajena al trabajo, ya que en la primera hay unas indemnizaciones otorgadas por ese sistema, inexistentes en la protección dispensada cuando se debe a contingencias comunes (art. 171.2 LGSS)». Concluía el citado pronunciamiento señalando que «no queda sino añadir que esta Sala no conoce sentencias del Tribunal Supremo o de Tribunales Superiores de Justicia que resuelvan litigios en los que se diriman pretensiones como la expuesta y ni tan siquiera del Tribunal Central de Trabajo (al menos desde 1973, en que se publican privadamente). Esa ausencia de controversias, al menos a ese nivel, no es sinónimo de desuso en la aplicación de la norma ni tal circunstancia, de haber concurrido, sería causa de su derogación, al no ser éste un modo previsto en nuestras Leyes para la pérdida de vigencia de las normas». Pronunciamiento que fue reiterado años después por el propio Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su sentencia de 12 de febrero de 2008. El Tribunal Supremo no se ha pronunciado hasta el momento sobre la citada cuestión.

Más recientemente, el objeto de controversia han sido el Decreto de 8 de junio de 1938 y la Orden de 30 de junio del mismo año, sobre comedores para obreros. En los preceptos principales objeto de debate se dispone que: a) «Toda empresa sujeta a un régimen de trabajo que no conceda a sus obreros un plazo de dos horas para el almuerzo, y aquéllas en que lo solicite la mitad del personal obrero vienen obligadas a habilitar, en el plazo de dos meses, a contar desde la publicación de este Decreto en el “Boletín Oficial”, un local-comedor que les permita efectuar sus comidas a cubierto de los rigores del tiempo, y provisto de las correspondientes mesas, asientos y agua. El local estará acondicionado para poder calentar las comidas» (art. 1 Decreto de 8 de junio de 1938); y b) «Toda empresa cuyo régimen de trabajo no conceda al personal dos horas como mínimo para el almuerzo, estará obligada a habilitar, en sitio inmediato al trabajo, un local cubierto, apropiado al clima y provisto de mesas, asientos y agua potable, en cantidad suficiente para la bebida, aseo personal y limpieza de utensilios. En dicho local se dispondrá igualmente de hornillos y cualquier otro medio de uso corriente, con el combustible necesario para que el trabajador pueda calentar su comida...» (art. 1 OM 30 de junio de 1938).

La STSJ de Cataluña de 21 de diciembre de 2007 (R.º 6133/2007) entendió, al amparo del art. 3 CC, que tanto el Decreto como la Orden eran contrarios a los principios que emanan de la Constitución y, en consecuencia, dichas normas se encontraban fuera del ordenamiento jurídico. Por tanto, la sentencia declaró que no puede imponerse a la empresa la obligación de habilitar un local-comedor contenida en dichas normas. Posteriormente, la STSJ de Galicia de 18 de marzo de 2011 (R.º 4441/2010), que mantuvo la anterior posición, afirmó de manera contundente que el citado Decreto se dictó en plena guerra civil, con ausencia absoluta de libertades democráticas, precisamente por quien se alzó contra la legalidad vigente, pretendiéndose ahora que sea aplicado en un contexto de paz y vigente nuestra Constitución, con la que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho. Dicha norma, añadía, contiene elementos que son contrarios a las previsiones constitucionales y a su desarrollo por el llamado bloque de constitucionalidad. Por su parte, la STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2002 (R.º 5530/2002) había declarado, en sen-

tido contrario, que estas normas seguían vigentes, pero añadiendo que debían aplicarse de acuerdo con el contexto actual, en el que prevalece la negociación colectiva y lo acordado entre trabajadores y empresarios (si bien es verdad que se trataba de un supuesto en el que la empresa abonaba vales para comida). Precisaba el citado pronunciamiento que «la virtualidad de esas vigentes normas reglamentarias queda sometida a la mayor virtualidad que hoy en día se concede a los frutos que arroje la negociación colectiva, de forma y manera que, si ésta regula en todo o en parte la materia referida a la instalación, mantenimiento, gestión... de los comedores en las empresas de una manera diferente, a ese todo o a esa parte nuevamente regulada vía negociación colectiva hay que estar, con apartamiento de la normativa reglamentaria de 1938, la cual queda, así, en una mera calidad de residual o supletoria» (con cita de otros pronunciamientos anteriores del propio TSJ Madrid, Valencia y la Rioja que parten de la premisa de que la normativa es aplicable). A pesar de la contradicción existente, el Tribunal Supremo no se había pronunciado aunque el tema le había llegado en dos ocasiones (la última recurriendo la STSJ de Cataluña de 21 de diciembre de 2007), pero en ambos casos había sido inadmitida por falta de contradicción.

La STS de 26 de diciembre de 2011 (R.º 1490/211), reiterada por la 19 de abril de 2012 (R.º 2165/2011), entró, finalmente, en el fondo de la cuestión. Afirma el Tribunal Supremo que «la normativa cuestionada —dejando aparte su ideología, terminología y alguno de los principios en los que afirma inspirarse, propios de otras épocas e incompatibles con la normativa constitucional—, en cuanto ahora directamente nos afecta, como cabe deducir de su preámbulo, pretende que el trabajo se desarrolle en condiciones de dignidad y remediar la falta de atención que en ocasiones se dispensa a los trabajadores, resaltando que “así sucede en la forma frecuente que efectúan sus comidas los trabajadores, sentados en las aceras de las calles o alrededores de fábricas o talleres, expuestos a las inclemencias del tiempo y sin que los presida el decoro o sentido de orden que todos los actos de la vida han de tener” y para intentar evitarlo impone la obligación, con los requisitos que establece, de habilitar en las empresas un local-comedor».

Añade que «ese concreto principio vinculado a la dignidad y a las condiciones de trabajo, y con distinciones entre centros de trabajo permanentes, trabajos de emplazamiento eventual que se efectúen al aire libre o para trabajos agrícolas (art. 2 de la Orden de 30 de junio de 1938), tuvo también su desarrollo en la denominada Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo (Orden 9 de marzo de 1971), que concretó la obligación de instalar comedores en determinadas circunstancias para determinados trabajos al aire libre (en especial, arts. 45 y 47); y posteriormente en la normativa postconstitucional, como en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en especial, arts. 1 y 6 y disposición derogatoria única) en relación con su desarrollo efectuado a través del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo. En esta última norma no se rechazan los principios sustentados en la referida Ordenanza preconstitucional sobre la consecución del objetivo de la seguridad y la salud de los trabajadores en los lugares de trabajo». En suma, el Tribunal termina afirmando la no vulneración de los principios constitucionales de las cuestionadas normas en los concretos extremos ahora controvertidos (disposición derogatoria punto 3 Constitución), su falta de derogación expresa o tácita por otras normas infraconstitucionales posteriores (art. 2.2 CC) y su no sustitución por la posible normativa de desarrollo de la LPRL, como posibilita su art. 6, ni por la negociación colectiva (art. 3

Estatuto de los Trabajadores), «lo que no ha acontecido en el presente caso, obliga a entender que se mantiene su vigencia, y a declarar que la doctrina jurídicamente correcta sobre este extremo es la que se contiene en la sentencia referencial».

Como puede observarse, la técnica de la derogación tácita utilizada por la Disposición Derogatoria del Estatuto de los Trabajadores no ha producido, precisamente, benéficos efectos. Conviene recordar, por ello, la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia, por la que se aprueban las Directrices de técnica normativa, y que establece de forma clara en su § 41: «Se evitarán cláusulas genéricas de derogación del derecho vigente que en ningún caso pueden sustituir a la propia enunciación de las normas derogadas». El Consejo de Estado viene encareciendo también, en aras de la seguridad jurídica, que las disposiciones derogatorias permitan conocer con alguna certeza cuál es la legislación vigente, indicándose las disposiciones que a partir de la nueva norma van a resultar total o parcialmente derogadas. En suma, esta nueva época normativa marcada por diferentes fenómenos, entre los que cabe citar la diversificación de las leyes, o lo que se ha llamado la «pulverización» del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, aconseja la existencia de disposiciones derogatorias que efectúen una determinación precisa de aquellas normas legales que se ven afectadas por la nueva regulación. Ello, sin duda, nos ahorraría problemas como los aquí planteados.

Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
Jesús R. MERCADER UGUINA

ÍNDICE GENERAL

	Página
ABDÓN PEDRAJAS, <i>IN MEMORIAM</i>	3
CINCUENTA NÚMEROS DE JUSTICIA LABORAL	5

EDITORIAL

OBSOLESCENCIA NORMATIVA E INTERPRETACIÓN JUDICIAL: EL CASO DE LOS COMEDORES PARA OBREROS Y ALGÚN OTRO EJEMPLO	
<i>Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús R. Mercader Uguina</i>	7

ARTÍCULOS DOCTRINALES

INTERNET EN EL TRABAJO	
<i>Francisco Pérez de los Cobos Orihuel</i>	17
EMPLEABILIDAD, PLAN DE ACOMPAÑAMIENTO SOCIAL Y PLAN DE RECOLOCACIÓN: UNA PERSPECTIVA COMPARADA	
<i>Alexandre de le Court y Sergio Canalda Criado</i>	35
DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y GRUPOS DE EMPRESA: COMPARACIÓN DE SUS RASGOS PRINCIPALES EN ESPAÑA Y EN FRANCIA	
<i>Helena Ysàs Molinero</i>	63

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO	
<i>María Antonia Castro Argüelles</i>	79
II. TRABAJADOR	
<i>Luis Enrique de la Villa Gil (Director); Luis Enrique de la Villa de la Serna (Hogan Lovells); Diego de la Villa de la Serna; María de Sande Pérez-Bedmar (coordinación); Maravillas Espín Sáez; Jesús González Velasco; Luis Gordo González</i>	93
III. EMPRESARIO	
<i>Jesús Cruz Villalón; Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco; Rafael Gómez Gordillo; Macarena Hernández Bejarano; María Sepúlveda Gómez</i>	113
IV. CONTRATACIÓN LABORAL	
<i>José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; María Amparo Esteve Segarra; Mercedes López Balaguer</i>	159

V.	DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL	
	<i>Lourdes López Cumbre (Directora); Ana María Badiola Sánchez (Coordinadora); Fernando Breñosa Álvarez de Miranda; Marta Cimas Soto; María Antonia Corrales Moreno; David Lantarón Barquín; Marina Revuelta García; Montserrat Ruiz Cuesta; César Tolosa Tribiño</i>	169
VI.	DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	
	<i>M.ª Carmen Ortiz Lallana; Begoña Sesma Bastida; Inmaculada Baviera Puig</i>	199
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>	213
VIII.	NEGOCIACIÓN COLECTIVA	
	<i>Javier Gárate Castro</i>	223
IX.	SEGURIDAD SOCIAL	
	<i>Ignasi Areal Calama; Sergio Canalda Criado; Marina Castells i Màrques; Consuelo Chacartegui Jávega; Eusebi Colás Neila; Alexandre de le Court; Josep Fargas Fernández; Julia López López; Nuria Pumar Beltrán</i>	235
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>	251
XI.	ADMINISTRACIÓN LABORAL	
	<i>José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; Mercedes López Balaguer; María Amparo Esteve Segarra</i>	275
XII.	EL PROCESO LABORAL	
	<i>Lourdes Martín Flórez; Carlos Martínez Cebrián; Gloria Raich; María Royo Codesal</i>	279
XIII.	SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO	
	<i>José Luis Goñi Sein; Margarita Apilluelo Martín; Manuel González Labrada; Elisa Sierra Hernaiz</i>	289

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS	315
-------------------------	-----

Revista de Derecho del Trabajo

Justicia Laboral

ARTÍCULOS DOCTRINALES

INTERNET EN EL TRABAJO

FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL

*Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid
Magistrado del Tribunal Constitucional*

RESUMEN

Internet en el trabajo

El presente artículo versa sobre el uso de Internet en la empresa por parte de los trabajadores y su control por el empresario. En la primera parte, se analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el control empresarial del uso de internet por parte de los trabajadores, así como la nueva previsión legal del art. 90.4 LRJS. En la segunda parte se analiza el uso del sistema informático de la empresa por parte de los representantes de los trabajadores y la Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, de 7 de noviembre.

Palabras clave: Internet; control del empresario; representantes de los trabajadores.

ABSTRACT

Internet at work

This article tries the use of Internet in the company by the employees and their control by the employer. The first part, It's an analysis of the Supreme Court's jurisprudence about the company control of Internet use by employees, and the new legal provision of art. 90.4 LRJS. The second part analyzes the use of the computer system in the company by the employee representative and the Constitutional Court sentence 281/2005, of 7 November.

Keywords: Internet; control employer; employee representative.

Fecha de recepción: 24/5/2012.

Fecha de aceptación: 24/5/2012.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. EL USO DE INTERNET POR LOS TRABAJADORES Y SU CONTROL POR EL EMPRESARIO.
 1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tema.
 2. La reciente intervención legislativa: el nuevo art. 90.4 LRJS.
 - III. EL USO DEL SISTEMA INFORMÁTICO DE LA EMPRESA POR LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.
-

I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha dicho y escrito acerca de las ventajas que conlleva la incorporación masiva de las TICs en la empresa: las mismas permiten el trabajo en grupo, posibilitan el trabajo a distancia —de reciente nueva regulación en nuestro ordenamiento tras la revisión del art. 13 ET realizada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, con el fin de reconocer y dotar de garantías al teletrabajo—, abren nuevos canales de comunicación, estrechan las relaciones entre las diversas unidades, facilitan la deslocalización, etc. Pero las TICs no sólo modifican la estructura de las empresas, sino que también han generado una serie de problemas en el desarrollo de las relaciones laborales que son a estas alturas bien conocidos: sin ánimo de ser exhaustivo, la protección de los datos personales del trabajador, la privacidad de sus comunicaciones, la monitorización de sus actividades, la utilización de los nuevos canales de comunicación para la actividad sindical, la propiedad intelectual de los resultados de la actividad de los trabajadores, la protección contra los riesgos profesionales derivados de estas tecnologías, la distinción entre lo profesional y lo personal en el tiempo de trabajo, los efectos de la propiedad de los medios de comunicación sobre la delimitación de su uso y su función, etc. Y como en otros tantos aspectos relacionados con el uso de las nuevas tecnologías en la empresa, el inicial o casi total silencio de la ley, secundado por la pasividad de la negociación colectiva, ha hecho que sean los tribunales —los jueces no pueden soslayar pronunciarse sobre las demandas de las que conocen— los que a golpe de sentencia acaban regulando muchas de estas materias. Partiendo de lo anterior, voy, por razones evidentes de tiempo, a centrarme en dos cuestiones que han generado importante conflictividad, y de las que se seguirá hablando en un futuro: por una parte el uso de Internet y su control por el empresario; y, por otra, la utilización del sistema informático de la empresa por los representantes de los trabajadores.

II. EL USO DE INTERNET POR LOS TRABAJADORES Y SU CONTROL POR EL EMPRESARIO

Como es sabido, la utilización a gran escala de las NTICS ha supuesto la aparición de una variada fenomenología de causas de despido que tienen como denominador común la mala utilización —real o presunta— de los medios que el empresario pone a disposición del trabajador para su actividad laboral. Un problema que, de no ser por lo novedoso del medio empleado, podría pensarse que no es realmente nuevo, pues similares conflictos se han planteado respecto del uso de otros útiles de la empresa, como el teléfono o el automóvil. Sin embargo, un análisis detenido de la cuestión pone de manifiesto que las implicaciones para la empresa son mucho mayores que las derivadas de una utilización desviada de esos otros medios. De entrada, porque la apariencia de confidencialidad de las NTIC ha incrementado de forma exponencial su uso para fines no profesionales, hasta convertirse en la primera causa de distracción de los trabajadores en la empresa, pero además, porque el uso irregular de estos instrumentos de comunicación comporta otros perjuicios o riesgos para el empresario, como el hecho de dificultar un tráfico fluido de la información o la mayor vulnerabilidad de la seguridad del sistema.

A la vista de esta situación, es fácil comprender el interés creciente de las empresas en verificar la correcta utilización de este moderno sistema de comunicación a través de las

llamadas «escuchas telemáticas». La propia configuración del ordenador permite recuperar todo lo que allí se ha hecho, incluso en caso de supresión por error o de apagado accidental; y también averiguar, sin necesidad de más aplicaciones, las páginas de Internet a las que se ha conectado el trabajador y lo que se ha descargado de las mismas, el número de visitas que ha realizado, la fecha y hora de cada una de las visitas, etcétera, y, además, procesar todos esos datos, obteniendo una completa información que abarca tanto la actividad laboral como la persona del trabajador.

Una capacidad intrusiva y fiscalizadora de las mismas NTIC que ha llevado a la doctrina y los tribunales a interrogarse sobre si esos instrumentos de trabajo pueden utilizarse por el empleador para vigilar la actividad laboral, porque aunque no existe una relación automática entre la utilización de estas nuevas técnicas para la obtención de pruebas y la producción de un resultado que atente contra los derechos fundamentales, la especificidad de la informática la convierte en un instrumento de merma potencial de los mismos y en particular los relativos a la intimidad y dignidad del trabajador, cuyo respeto aparece consagrado en la relación de trabajo por el art. 4.2.e) ET.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo, y más recientemente el legislador, aunque, como veremos, su intento por regular la cuestión no ha hecho sino abrir nuevas dudas y problemas.

1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tema

Si seguimos un orden cronológico en la exposición y atendemos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por el momento las sentencias en las que ha abordado directamente el tema son fundamentalmente tres.

A) La STS de 26 de septiembre de 2007

La primera de estas resoluciones del Tribunal Supremo es la Sentencia de 26 de septiembre de 2007, que más concretamente se ha pronunciado sobre la aplicabilidad o no del art. 18 ET a estos supuestos —cuestión controvertida a nivel judicial y doctrinal—, y sobre «el alcance y la forma del control empresarial sobre el uso por el trabajador del ordenador que se ha facilitado por la empresa como instrumento de trabajo». La argumentación utilizada en esta sentencia ha sido retomada posteriormente por el Tribunal en la Sentencia de 8 de marzo de 2011, Rec. 1826/2010.

Los hechos objeto de la Sentencia de 26 de septiembre de 2007 descansan en el despido disciplinario de un trabajador que, durante la jornada laboral y desde el ordenador de la empresa, visitaba páginas pornográficas en Internet, lo que se descubrió al reparar un técnico externo los fallos del ordenador. Al realizar esta operación el técnico detectó la existencia de virus informáticos, como consecuencia de la navegación por páginas poco seguras de Internet. En presencia del Administrador de la empresa se comprobó la existencia en la carpeta de archivos temporales de antiguos accesos a páginas pornográficas, que se almacenaron en un dispositivo USB. Las operaciones llevadas a cabo en el ordenador se hicieron sin la presencia del trabajador ni de representantes sindicales ni trabajador alguno. El dispositivo USB se llevó a un notario para su custodia, así como la relación de páginas

que en el mismo se contenían. El ordenador fue retirado de la empresa para su reparación y, una vez devuelto, se procedió a la misma operación, esta vez en presencia de dos delegados de personal, siendo depositado el nuevo USB ante el notario.

Formulada demanda por despido improcedente, fue estimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de La Coruña, de 30 de septiembre de 2005. La *ratio decidendi* de la sentencia de instancia se apoya en que en la obtención del medio de prueba, a partir del cual podría acreditarse el incumplimiento imputado por la empresa para justificarlo, no se respetaron las exigencias que se establecen en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores. Recurrida la Sentencia en suplicación por la empresa fue confirmada por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de enero de 2006.

Contra ésta se formula finalmente recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, para lo que la empresa aporta como base del recurso una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid que consideró procedente el despido de un trabajador que había descargado y visualizado ficheros de contenido pornográfico, valorando, por una parte, la reducción de tiempo de trabajo y el injustificado gasto para la empresa, y, de otra, la perturbación de la disponibilidad del equipo informático en una materia tan grave como el aterrizaje y despegue de aviones, y en la consideración de que no cabía aplicar las garantías del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, porque el ordenador no es un efecto personal del trabajador, sino una «herramienta de trabajo» propiedad de la empresa.

Pues bien, en primer lugar, el Tribunal Supremo rechaza que resulte aplicable, tanto directamente como por analogía, el artículo 18 ET a los registros de los instrumentos informáticos que se facilitan a los trabajadores para el cumplimiento de la prestación laboral, porque «el supuesto de hecho de la norma es completamente distinto del que se produce con el control de los medios informáticos en el trabajo». Lo que el artículo 18 del ET confiere al empresario en sus funciones de policía es un control que excede del que se deriva de su posición en el contrato de trabajo y que, por tanto, queda fuera del marco del art. 20 del ET. Tanto la persona del trabajador como sus efectos personales y la taquilla forman parte de su esfera privada y desbordan el ámbito de ejecución del contrato de trabajo al que se extienden los poderes del artículo 20 del ET. Por contra, las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran, según el Tribunal, dentro del ámbito normal de esos poderes, porque el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario «como propietario o por otro título», sobre el que tiene facultades de control de la utilización que incluyen su examen, y porque con el ordenador se ejecuta la prestación de trabajo y, en consecuencia, el empresario puede verificar a través del mismo su correcto cumplimiento, lo que no sucede en los supuestos del artículo 18 ET, «pues incluso respecto a la taquilla, que es un bien mueble del empresario, hay una cesión de uso a favor del trabajador que delimita una utilización por éste que, aunque vinculada causalmente al contrato de trabajo, queda al margen de su ejecución y de los poderes empresariales del artículo 20 ET para entrar dentro de la esfera personal del trabajador».

Partiendo de esta premisa, el Tribunal afirma que la necesidad de registro de los ordenadores no tiene que justificarse caso por caso «por la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa», sino que la legitimidad de este control deri-

va directamente del art. 20.3 ET, por el carácter de instrumento de producción sobre el que recae. Además, añade que no es necesario contar con la presencia del trabajador porque su ausencia en el momento del control no es en sí mismo un elemento que pueda considerarse contrario a su dignidad; ni que se lleve a cabo en el centro y en las horas de trabajo porque tal exigencia sólo tiene sentido en el marco del art. 18 ET, por la necesidad de limitar esa facultad excepcional de policía que se confiere al empresario; ni que deba estar presente un representante de los trabajadores o un trabajador de la empresa.

Sentado que el registro de las herramientas informáticas empleadas en el trabajo no se regula por el artículo 18 ET, sino por el artículo 20.3 ET, el Tribunal examina a continuación si en la actuación empresarial enjuiciada se guardó la consideración debida a la dignidad del trabajador y, más en concreto, a su intimidad, en la medida en que pudo existir una utilización personalizada y no meramente laboral o profesional del medio facilitado por la empresa. Porque —y este es el *quid* de la sentencia— para el Tribunal Supremo no se puede desconocer la «existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores», y que esa tolerancia «crea [en el trabajador] una expectativa también general de confidencialidad en esos usos». Así que lo que debe hacer la empresa, de acuerdo con las exigencias de buena fe, es establecer previamente las reglas de uso de esos medios —con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales—, es informar a los trabajadores de que van a existir controles y de los medios que se aplicarán en orden a comprobar la corrección de los usos, de manera que, para el Tribunal, sólo si el empresario ha establecido una prohibición —total o parcial— de uso para fines privados y ha avisado a los trabajadores de la posibilidad de hacer controles podrá entenderse que, al registrar el ordenador, no ha vulnerado «una expectativa razonable de intimidad». Lo que, trasladado al caso concreto, le lleva a declarar la improcedencia del despido en base a dos motivos: la falta de advertencia previa sobre el uso y control del ordenador que supone vulneración del derecho a la intimidad del trabajador; y el hecho de que si bien la entrada en el ordenador pudo justificarse inicialmente por la existencia de un virus, el empresario no se limitó a las tareas de detección y reparación, sino que se apoderó de un archivo cuyo examen y control no era necesario para la reparación interesada.

La conclusión es clara: sólo si el empleador ha advertido previamente a los trabajadores sobre las condiciones de uso de los instrumentos informáticos y los eventuales controles podrá fiscalizar el uso que hacen de esos medios, eso sí, sin obligación de aplicar entonces las limitaciones y garantías del art. 18 ET. Pues bien, esta Sentencia que sin duda contribuye a aclarar algunas dudas existentes en esta materia no está, sin embargo, exenta de importantes objeciones:

1. En primer lugar, no comparto la tesis de partida y que, a la postre, determina el sentido del fallo, esto es, la existencia de una especie de derecho social al uso de Internet que genera una expectativa de confidencialidad incluso cuando se está trabajando en la empresa y empleando medios de ésta. Porque entiendo que una cosa es que el carácter personalísimo de la prestación de trabajo haga imposible la escisión entre la actividad productiva y la vida personal y que, por tanto, tengan que adoptarse medidas que eviten posibles lesiones de los derechos del trabajador, y otra muy distinta concluir que si el empresario no ha establecido las condiciones del uso del ordenador, éste se convierte en una herramienta

de trabajo cuyas condiciones de uso define el trabajador. Hasta donde yo alcanzo a saber, los derechos de los trabajadores y, por ende, las expectativas, derivan de la ley, el convenio colectivo, el contrato o las decisiones unilaterales del empresario y en este caso no se ha dado nada de todo esto. Y me parece que es sentar un mal precedente apelar a la tolerancia social, que no del empresario, para amparar determinadas conductas de los trabajadores en la empresa, pues con ello se abre la puerta a que en el futuro se traten de justificar otras actuaciones que, aunque no sean reprobadas socialmente, son absolutamente reprochables, como la práctica más o menos extendida de utilizar el teléfono de la empresa para resolver asuntos privados, ausentarse del trabajo sin fichar o compatibilizar el cobro de la prestación por desempleo con el trabajo en negro.

Una tesis que, por otra parte, contrasta fuertemente con la que mantiene la Sala Penal del Tribunal Supremo, que en una sentencia de ese mismo año rechaza que hayan cometido un delito contra la intimidad de los arts. 197 y 198 del Código Penal un alcalde y otros dos miembros del equipo de gobierno que acceden al ordenador y a correos electrónicos del gerente de una empresa municipal —que se encuentra de baja durante varios meses— para poder evaluar la situación de ese organismo, y ello precisamente porque descarta que el ordenador fuera «el lugar idóneo para el archivo o almacenamiento de datos relativos a la intimidad personal del querellante», entre otras razones, «porque se trataba de un instrumento de titularidad pública, y además, adscrito al organismo municipal, lo que implica que su utilización no debe estar orientada a otras finalidades que el cumplimiento de las funciones públicas para cuya mejor satisfacción se dota al organismo, y al tiempo a quienes lo sirven, de los necesarios medios técnicos. Y es de esperar que la utilidad real sea coincidente con la pretendida»⁽¹⁾ (STS 30 de abril de 2007, RJ 2007/3724).

2. En segundo lugar, considero que el Tribunal incurre en cierta contradicción cuando, por una parte, reconoce la existencia de una expectativa de confidencialidad y, por otra parte, sin embargo, rechaza que se aplique el art. 18 ET. Porque si, como sostiene el Tribunal, la ausencia de prohibición genera en los trabajadores una expectativa razonable de que el empresario no puede acceder al contenido de sus ordenadores, éstos muy probablemente almacenarán informaciones y datos relativos a su intimidad y privacidad, desde fotos personales hasta las direcciones web a las que se conecta el trabajador habitualmente. Y en estas circunstancias, ¿no se deberían aplicar las garantías reforzadas del artículo 18 del ET? ¿Acaso, según esa teoría del Tribunal, no se está cediendo en estos casos un espacio privado en el *disco duro*, un espacio virtual sin duda, pero dotado al fin y al cabo de una expectativa de intimidad similar a la de la taquilla? Dejo aquí la observación, aun cuando luego volveré sobre ella a efectos de destacar la posible incidencia que la reciente intervención legislativa puede haber ejercido en este punto.

(1) La otra razón que esgrime el Tribunal es que otros dos funcionarios del mismo organismo «usaban circunstancialmente» ese ordenador, «lo que implica un acceso normalizado de personas distintas del recurrente que viene a excluir una previa consideración acerca de la posibilidad razonable de que se hubieran almacenado datos cuyo carácter personal implicara un acceso limitado exclusivamente al directa y legítimamente interesado. Consiguientemente, los únicos datos, reservados o no, secretos o no, que podrían encontrarse en esos archivos informáticos serían los relacionados con el cumplimiento de las funciones públicas que habían justificado la dotación del mismo al organismo de que se trataba, quedando excluidos otros datos de carácter personal o familiar». Con lo cual, «no es posible afirmar que la voluntad de los acusados estuviera caracterizada por la finalidad de vulnerar la intimidad del recurrente, pues razonablemente solo era posible esperar el hallazgo de datos públicos en los archivos revisados».

3. Finalmente, ninguna objeción cabe oponer a la exigencia de que las actuaciones que se encaminen a vigilar el comportamiento del trabajador hayan ido precedidas de la previa información a los trabajadores de las reglas de uso o control de los medios informáticos. Pero ¿qué sucede si las pruebas sobre una posible conducta irregular del trabajador se descubren de forma casual? Es decir, aquellos casos en que al trabajador no se le estaba investigando. En tales circunstancias, es de sentido común que no se puede exigir al empresario que cierre los ojos ante los indicios de falta laboral que se le presentan ante su vista, estamos ante lo que en el ámbito penal se da en llamar «hallazgo casual» y la prueba obtenida es perfectamente válida. Pues bien, en contra de lo que opina el Tribunal, eso es a mi juicio lo que sucedió en el caso de la Sentencia. Si partimos de que la mejor herramienta para combatir un virus es saber cómo actúa, infecta y se propaga, la intervención del perito de la empresa no fue en ningún momento arbitraria o caprichosa, ni consta que fuera utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales. Estaban plenamente justificadas tanto la entrada inicial en el ordenador, para reparar los fallos, como las posteriores pesquisas para conocer el origen del virus, con lo cual tenía que haberse admitido la prueba y el despido debería haberse declarado procedente.

B) La STS de 8 de marzo de 2011

A pesar de estas críticas u objeciones a la STS de 26 de septiembre de 2007, el Tribunal Supremo ha mantenido estos mismos presupuestos en su STS de 8 de marzo de 2011, en la que, como ya he dicho, reiteró idéntica doctrina por abordarse una situación fáctica similar, esto es, el examen del ordenador del trabajador por parte de la empresa sin haber mediado prohibición de uso para fines personales ni advertencia sobre los posibles controles.

C) La STS de 6 de octubre de 2011

Más recientemente, ha asumido también este mismo punto de partida en la tercera de las sentencias anunciadas —la STS de 6 de octubre de 2011, rec. núm. 4053/2010, dictada en Sala General—. En este caso, sin embargo, en tanto mediaba una diferencia relevante en los hechos, el Tribunal Supremo no se remite automáticamente a la doctrina previa, sino que, partiendo de ella, la adapta a las circunstancias del supuesto.

Exactamente, esa diferencia determinante radica en que en el litigio objeto de esta última sentencia de 2011 sí había mediado prohibición expresa de la empresa respecto a la utilización del ordenador para uso personal, aun cuando no se había informado a los trabajadores sobre posibles controles. En concreto, consta en los hechos probados que la empresa había remitido una carta a los trabajadores —que éstos habían firmado—, en la que se comunicaba que quedaba terminantemente prohibido el uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, Internet, etc.) para fines personales, tanto dentro como fuera del horario de trabajo. Días después, y sin mediar aviso, se instaló un «software» de monitorización en el ordenador de la trabajadora demandante, al objeto de captar las pantallas a las que accedía, mediante un sistema «pasivo» poco agresivo que no permitía entrar en los archivos protegidos por contraseña del usuario. Con posterioridad, se procedió a visualizar el proceso de monitorización en presencia de la interesada y de otros trabajadores de la empresa —entre los que se encontraba un representante de los trabajadores—, constatón-

dose la existencia de continuas visitas a Internet durante las horas de trabajo, así como la remisión a terceros y a sí misma de información de la empresa (diseños y productos de la empresa, datos de proveedores, etc.). Remitida carta de despido por estos hechos, la SJS núm. 13 de Valencia, de 18 de enero de 2010, declaró procedente el despido, siendo confirmado este fallo en suplicación por STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de septiembre de 2010, que es la recurrida en casación para la unificación de doctrina.

Pues bien, tras poner de relieve «la facultad de control del empresario y la licitud de una prohibición absoluta de los usos personales», el Tribunal Supremo fundamenta su decisión en la idea de que si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales —por haberse prohibido válidamente—, tampoco existe ya «una expectativa razonable de intimidad», entendiendo que la prohibición válida efectuada por la empresa «lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador». En otras palabras, dice el Tribunal, «si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo», razones todas ellas por las que, finalmente, la Sentencia desestima el recurso y, en consecuencia, ratifica la procedencia del despido.

El régimen jurídico que resulta de esta jurisprudencia no dista mucho del que rige en Italia, también de elaboración pretoriana (*vid.* ST Casación penal de 11-II-2007 y ST Casación laboral de 23II-2012), que responde sintéticamente a las siguientes pautas:

- El empresario puede decidir si consiente o no el uso personal del correo electrónico proporcionado por la empresa.
- Si existen instrucciones internas que excluyen la posibilidad de utilización del correo electrónico para uso personal, el empresario puede ejercer el control pertinente.
- Son posibles los controles *ex post* del correo electrónico del trabajador para verificar la posible comisión de ilícitos laborales susceptibles de sanción disciplinaria.

El propio Tribunal Supremo se encarga de resaltar que esta doctrina aplicada en la STS de 6 de octubre de 2011 no resulta contraria a la de la STS de 26 de septiembre de 2007, en la que sí se excluyó la validez de la prueba practicada sobre el ordenador por vulneración del derecho a la intimidad⁽²⁾. Para justificar esta afirmación, el Tribunal aporta dos razones. La primera, obvia y ya comentada, es que la Sentencia de 2007 partía de un supuesto distinto, por cuanto la empresa no había prohibido el uso personal del ordenador ni había advertido del control, por lo que en ese caso sí existía para el trabajador una expectativa de confidencialidad en ese uso personal que debió ser respetada. La segunda razón se basa en

(2) De alguna manera, esta idea ya había sido adelantada por el ATS de 29 de marzo de 2011, rec. núm. 3570/2010, que inadmitió un recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción con la STS de 26 de septiembre de 2007, precisamente porque, en el supuesto de la sentencia recurrida, su convenio colectivo aplicable contemplaba como falta leve «la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral», y de ahí que se hubiera deducido que «en la norma paccionada se limita con carácter absoluto la utilización privada por los trabajadores de los medios informáticos proporcionados por la empresa, lo que hace innecesaria una regulación del uso de los mismos». Pues bien, al respecto dice el Tribunal que «no existe discrepancia doctrinal alguna pues la sentencia impugnada resuelve a la luz del criterio recogido precisamente en la sentencia referencial».

la interpretación que la STS de 2011 efectúa de la referencia acumulativa que la STS de 2007 efectuó a que la lícita intervención empresarial sobre los medios informáticos quedaba supeditada a la previa información a los trabajadores sobre las reglas de uso «y» sobre la existencia de control y los medios empleados para este fin: señala ahora el Tribunal que esta afirmación constituyó una matización, realizada *obiter dicta* en el marco de la buena fe o de la legalidad ordinaria, pero que opera ya fuera del marco estricto de la protección del derecho fundamental, como obligación complementaria de transparencia; entiende el Tribunal que lo que la Sentencia de 2007 valoró como decisivo a efectos de considerar la vulneración del derecho fundamental fue la tolerancia de la empresa y la expectativa de confidencialidad que conlleva, por lo que, insiste la Sentencia de 2011, «si hay prohibición de uso personal deja de haber tolerancia y ya no existirá esa expectativa, *con independencia de la información que la empresa haya podido proporcionar sobre el control y su alcance*».

La idea de que la STS de 2011 es respetuosa con la doctrina de 2007 no es, sin embargo, compartida por todos los integrantes de la Sala. Por el contrario, la Sentencia se acompaña de un voto particular, suscrito por cinco magistrados, que discrepa de la decisión mayoritaria, por entender que el criterio adoptado comporta un retroceso en la protección del derecho a la intimidad, tal y como fue entendido en la STS de 2007, después ratificada por la STS de 8 de marzo de 2011. En su opinión, la doctrina sentada en estas dos Sentencias era clara al someter la supervisión empresarial a la previa información a los trabajadores, no sólo de las reglas de uso, sino también de los controles y medios a utilizar a este fin, por lo que, en este caso de 2011, consideran que, no habiéndose cumplido esta segunda exigencia, se ha vulnerado una expectativa razonable de intimidad.

No parece ahora relevante entrar a debatir si ha habido o no cambio de doctrina. Remarco simplemente estas discrepancias a efectos de poner de relieve que el criterio aplicado por la STS de 6 de octubre de 2011 no resulta pacífico, por lo que habrá que esperar a futuros pronunciamientos para confirmar o no su mantenimiento. Por el momento, sin embargo, lo cierto es que el contenido de esta última Sentencia del Tribunal Supremo obliga a diferenciar dos supuestos distintos, con consecuencias también muy diferentes. Así, cuando la empresa no haya informado a los trabajadores ni de las reglas de uso ni de los controles, la intervención empresarial sobre los ordenadores habrá de considerarse lesiva de su derecho a la intimidad. Por el contrario, en aquellos otros supuestos en que sí ha mediado orden de prohibición sobre el uso personal de los medios informáticos, la inspección por la empresa habría de estimarse lícita, con independencia de que se haya dado o no información explícita a los trabajadores sobre la posibilidad de fiscalización y los medios a utilizar, criterio éste que, personalmente, entiendo acertado pues, como indica el Tribunal, parece razonable pensar que la orden empresarial de prohibición lleva implícita la advertencia de posibles controles en virtud de la facultad de vigilancia reconocida en el art. 20 ET, por lo que, efectivamente, resulta difícil aceptar que haya una expectativa de confidencialidad y, en definitiva, una vulneración del derecho a la intimidad.

2. La reciente intervención legislativa: el nuevo art. 90.4 LRJS

En este estado de la jurisprudencia, y sólo cuatro días después de la última Sentencia del Tribunal Supremo, se aprueba la nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la

Jurisdicción Social, en cuyo art. 90.4 se introduce una previsión novedosa, dirigida sin duda a proporcionar seguridad jurídica en la materia que ahora nos ocupa, pero que, sin embargo, lejos de erradicar las dudas, lo que ha hecho es añadir nuevos interrogantes, en tanto, como vamos a ver, no delimita con nitidez su ámbito de aplicación⁽³⁾.

Concretamente, la nueva previsión se dirige a regular «el acceso a documentos o archivos *en cualquier tipo de soporte*, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental», en los casos en que su obtención sea necesaria «a los fines del proceso»: claramente, por tanto, el legislador extiende esta regulación a la llamada «prueba electrónica» —v.gr. el registro de ordenadores, correos electrónicos, seguimiento de páginas web visitadas en internet, etc.—. Pues bien, en relación a la misma, el precepto prevé la posibilidad de que, a través de auto y mediante decisión facultativa o discrecional —«podrá autorizar»—, el órgano judicial autorice el acceso a dicha prueba electrónica cuando concurren los dos siguientes requisitos: 1) que no existan otros medios alternativos de prueba; y 2) que se autorice previa ponderación de los intereses afectados, conforme al conocido «juicio de proporcionalidad». De la lectura de la norma se deduce que si se supera ese juicio de proporcionalidad —esto es, si se trata de una medida idónea, necesaria y equilibrada—, el juez o tribunal podrá autorizar el acceso a los documentos o archivos informáticos, pero siempre «con el mínimo sacrificio» —se entiende que para los derechos fundamentales afectados—. Por ello, parece que, a tal fin, la norma indica que el propio Auto de autorización habrá de determinar el modo y límites en que podrá accederse a dicha prueba electrónica: en concreto, el Auto deberá precisar «las condiciones de acceso, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos, en su caso».

Siendo este el tenor de la nueva norma, su contenido, como se adelantaba, plantea importantes dudas en cuanto a su ámbito de aplicación.

- El primero de los interrogantes deriva de la precisión que efectúa el precepto respecto a que esa autorización judicial por Auto tendrá lugar «cuando sea necesario *a los fines del proceso*». Lo cierto es que, en casos como los que venimos comentando, es el acceso al ordenador el que determina la constatación de los incumplimientos del trabajador y la consiguiente sanción o despido, por lo que es obvio que la futura existencia de un proceso judicial de impugnación de la decisión empresarial constituye una eventualidad, que dependerá de la voluntad del trabajador y no del empresario, que es en cambio a quien correspondería solicitar la autorización judicial de acceso a la prueba electrónica.

Cabría, quizá, reconducir el supuesto al terreno de las pruebas anticipadas, en tanto el nuevo art. 78.2 LRJS prevé ahora que «quien... *presuma que va a ser demandado* podrá solicitar previamente del juez o tribunal la práctica anticipada de algún medio de prueba cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o del estado de las cosas,

(3) Art. 90.4 LRJS: «Cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos, en su caso».

dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto o cuya realización presente graves dificultades en dicho momento...» —en este caso, por el riesgo de que el trabajador pudiera hacer desaparecer la información contenida en el ordenador—. Con todo, no puede dejar de remarcarse que, en estos supuestos, es posible que, mediante esa solicitud de prueba anticipada, asistiéramos a una inversión o alteración de la finalidad de esta institución, pues, sin perjuicio de su valor futuro como medio de acreditación en el juicio, su virtualidad previa e inicial sería la de permitir el propio conocimiento de la conducta del trabajador, de modo que sólo la eventual apreciación de incumplimientos por su parte determinaría la sanción o despido y, en su caso, la futura demanda. En estas condiciones, no sería de extrañar cierta rigidez judicial en la concesión de estas pruebas, de forma que, en aplicación del mencionado «juicio de proporcionalidad» y de la doctrina previa del Tribunal Constitucional, sólo se acceda a su autorización cuando por parte de la empresa se aleguen razones justificadas, como la existencia de fundadas sospechas de la conducta irregular de los trabajadores⁽⁴⁾.

- En todo caso, la nueva letra del art. 90.4 LRJS deja otra pregunta en el aire, pues, aun dentro del marco procesal indicado —determinado por su carácter de prueba necesaria «a los fines del proceso»—, es inevitable plantearse la compatibilidad de esta nueva norma con la jurisprudencia previa del Tribunal Supremo a la que antes hemos hecho referencia. Dicho en otros términos, tras la entrada en vigor de esta nueva previsión, y dado que su tenor nada aclara, surge la duda de si el acceso por parte de la empresa a los medios informáticos utilizados por el trabajador requerirá siempre y en todo caso la previa autorización judicial mediante auto, aun cuando en la empresa existan reglas de prohibición respecto al uso personal, o si, por el contrario, esa autorización del órgano judicial no resultará exigible —y la prueba se considerará lícita— cuando, como hasta ahora admitía el Tribunal Supremo, el control empresarial sobre el ordenador del trabajador se produce previa información de los límites o prohibiciones en cuanto a su uso para fines personales.

La cuestión, de enorme relevancia práctica, resulta, sin duda, controvertida. Ante la ausencia de matices o precisiones por parte del precepto legal, pudiera pensarse que el régimen de autorización judicial previsto en el art. 90.4 LRJS es exigible en todo caso, con independencia de la previa advertencia al personal de las reglas de uso o control de los medios informáticos. En mi opinión, sin embargo, existen otros argumentos que invitan a sostener la conclusión contraria y a limitar esa necesidad de autorización judicial a los supuestos en que, según la jurisprudencia, rige un cierto principio de tolerancia en el uso personal por no haber mediado prohibición empresarial previa⁽⁵⁾. En tal sentido, considero fundamental atender a la propia dicción literal del precepto, que no impone al empresario un deber de solicitud de la intervención judicial en todo caso, sino que únicamente prevé la posibilidad de autorización judicial para los supuestos en que el acceso a la prueba electrónica «pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental». Por tanto, si según el Tribunal Supremo la prohibición previa de uso personal —y, en su caso, la previa advertencia de controles— determina la inexistencia de expectativa razonable de intimidad

(4) STC 186/2000, de 10 de julio (circuito cerrado de televisión sobre cajero de economato).

(5) De esta opinión, ESTEVE SEGARRA, A., en BLASCO PELLICER y GOERLICH PESET (Dir.): *La reforma del proceso laboral*, Tirant lo blanch, 2012, p. 261.

y la consiguiente imposibilidad de vulneración del derecho fundamental, habremos de concluir que, en tal caso, no concurre uno de los presupuestos básicos para la aplicación del art. 90.4 LRJS. Pensemos, además, que otra respuesta supondría desvirtuar el poder empresarial de vigilancia reconocido en el art. 20.3 ET, pues se obligaría a supeditar su ejercicio a la previa autorización judicial aun cuando, conforme a la interpretación jurisprudencial, no existiera riesgo de lesión para los derechos fundamentales del trabajador.

A mi juicio, por tanto, el contenido del nuevo art. 90.4 LRJS resulta conciliable y permite mantener la aplicación de la anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo, de modo que, por lo ya explicado, la autorización judicial a que alude el precepto habría de quedar limitada a supuestos, como el que concurría en la STS de 26 de septiembre de 2007, en que el empresario pretenda inspeccionar el contenido de los ordenadores sin haber delimitado previamente el régimen de uso personal o de control. Es en este supuesto donde entiendo que el art. 90.4 LRJS debe desplegar su eficacia como medio para alcanzar el debido equilibrio entre la necesidad empresarial de procurarse un medio de fiscalización y prueba y el preceptivo respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, que en este caso quedaría garantizado no sólo por la restricción de la autorización a los supuestos en que se supere el «juicio de proporcionalidad» en los términos ya comentados, sino también por las propias exigencias que el Auto judicial puede imponer en el acceso empresarial a los medios informáticos. Obsérvese, por ejemplo, que yendo más allá de las garantías fijadas por la STS de 2007 —que recordemos rechazó la aplicación del art. 18 ET—, el Auto del órgano judicial puede requerir en la actuación de control la «intervención de las partes o de sus representantes y expertos»: de este modo, el legislador permite corregir una interpretación judicial que, como ya antes he dicho, resulta en mi opinión incoherente, posibilitando ahora por vía legal que ese espacio informático privado en que, de acuerdo con la jurisprudencia, juega la expectativa de confidencialidad disfrute de algunas de las garantías previstas para los registros de taquillas y efectos particulares del trabajador.

III. EL USO DEL SISTEMA INFORMÁTICO DE LA EMPRESA POR LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Tampoco ha resultado pacífico el posible uso de los medios informáticos de la empresa por los representantes de los trabajadores. A falta de una previsión legal expresa y adaptada al nuevo entorno tecnológico, la cuestión que se ha venido planteando, y que ha llegado al Tribunal Constitucional, no es otra que si el marco legal vigente ampara el derecho de las secciones sindicales a emplear los medios de comunicación electrónicos de la empresa para distribuir información sindical en la empresa o no.

Los hechos que recoge la sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, de 7 de noviembre, son bastante conocidos: a partir de febrero de 1999 el Sindicato CC.OO. del BBVA envía, utilizando el servidor interno de la empresa, correos de información sindical a los trabajadores de la empresa. Esta situación se mantiene durante cierto tiempo sin ninguna oposición empresarial. Es más, la empresa misma hace campañas promocionando la utilización del correo electrónico interno y externo para mejorar la eficiencia del grupo. Pero en febrero del 2000 el sindicato se encuentra con que sus envíos de correos

son rechazados por el servidor de la empresa, y ello porque, ante la avalancha de correos masivos procedente del sindicato y el desmesurado tamaño de las colas de espera, la empresa decide filtrar la entrada y rechazar los mensajes emitidos desde aquella dirección de correo.

Ante esta situación, el sindicato formula ante la Audiencia Nacional demanda de conflicto colectivo en la que pretende sea reconocido el derecho del sindicato y de sus secciones sindicales en las empresas del grupo demandadas a transmitir noticias de interés sindical a través del correo electrónico con apoyo en los arts. 18, 20 y 28 CE y 8 LOLS a la luz de las reglas de hermenéutica del art. 3.1 del Código Civil. El Tribunal, en una sentencia ciertamente poco elaborada, niega la lectura legal que pretende el sindicato y constata la existencia de un vacío normativo, llamado a ser cubierto por el legislador o la negociación colectiva; pero, inmediatamente a continuación, y sobre la base de que el sindicato había venido transmitiendo información sindical en los términos descritos, lo que para el Tribunal vendría a constituir un *ius usus inocui*, declara «el derecho del sindicato y de sus secciones sindicales en las empresas del grupo BBVA a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores en general con la mesura y normalidad inocua con la que lo venía haciendo» hasta que emitió una cantidad masiva de mensajes⁽⁶⁾. La sentencia de la Audiencia Nacional fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, que en sentencia de 26 de noviembre del 2001 niega que exista título jurídico alguno que permita reconocer al sindicato el derecho que reclama, sin que a tal efecto pueda traerse a colación el art. 8 LOLS, pues tal precepto «consagra el derecho de los afiliados a recibir la información que les remita su sindicato, mas no establece que sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para llevarla a cabo». La sentencia del Tribunal Supremo era meridiana. A juicio del Tribunal, no había base legal sobre la que afirmar un derecho del sindicato a utilizar los medios informáticos de la empresa para transmitir información sindical, pues el art. 8 LOLS no consentía tal lectura. El derecho podía concederlo el empresario a través de una decisión unilateral, pactarse en convenio colectivo o, cuando lo estime oportuno, reconocerlo el legislador, pero no deducirse de la mera tolerancia empresarial.

El tercer acto de esta batalla judicial se libra ante el Tribunal Constitucional. COMFIA-CC.OO., en efecto, recurrió en amparo la sentencia del Tribunal Supremo, por entender que, al revocar la sentencia de la Audiencia Nacional, aquélla había vulnerado sus derechos fundamentales a la libertad sindical y al secreto de las comunicaciones. El Tribunal acoge favorablemente la causa de inadmisión planteada por el Ministerio Fiscal en relación con la alegación de la violación del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), y centra el debate jurídico en la lesión del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE).

Como viene siendo habitual, el Tribunal aborda la cuestión central recordando su doctrina acerca del contenido del derecho de libertad sindical. En primer lugar, nos recuerda que, conforme a su doctrina, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, esto es, en los términos de la LOLS, el derecho a la actividad sindical en la empresa y fuera de ella, forma parte del contenido esencial de la libertad sindical y, por tanto, constituyen su núcleo mínimo e indisponible. En segundo lugar, trae a colación su muy singular teoría —se trata

(6) SAN núm. 17/2001, de 6 de febrero.

de una aportación española a la construcción sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales— del contenido esencial adicional. Junto a los derechos dimanantes de la Constitución, los sindicatos pueden ostentar derechos o facultades atribuidos por normas legales o por convenios colectivos, por tanto, de creación y configuración infraconstitucional, que al agregarse al contenido esencial mínimo pasan a integrar el derecho fundamental y son susceptibles de infringir el art. 28 CE y, por tanto, de amparo constitucional. Cabe, en fin, recordar el Tribunal, un contenido adicional fruto de una concesión unilateral del empresario, que el empresario podría luego suprimir, salvo que la supresión responda a motivaciones antisindicales.

Partiendo de esta compleja configuración del contenido del derecho, el Tribunal reafirma su teoría de que las obligaciones y cargas que las normas legales o pactadas impongan a los empresarios a favor de las organizaciones sindicales o éste unilateralmente asuma constituyen contenido adicional del derecho y que, por tanto, a falta de fuente generadora de estas obligaciones o cargas, no pueden demandarse del empresario «actos positivos de naturaleza promocional». Las empresas no están obligadas a dotarse de una estructura informática para uso sindical, pero —y aquí está el *quid* de toda la sentencia— para el Tribunal «no puede confundirse la ausencia de una obligación promocional que grave al empresario fuera de aquellos ámbitos con la posibilidad de que éste adopte decisiones de carácter meramente negativo, disuasorias o impeditivas del desarrollo del derecho, dirigidas únicamente a entorpecer su efectividad». El Tribunal Constitucional no invalida la lectura que del art. 8 LOLS ha hecho el Supremo, sino que, a su juicio, es la perspectiva de análisis de la sentencia recurrida la que resulta ser errónea, pues en el caso que resuelve no se debate el establecimiento de una obligación que recaería sobre la empresa, sino «el potencial derecho de un sindicato a utilizar el sistema preexistente en la empresa, creado para un fin productivo y en su caso con qué límites». O dicho de otro modo, «no se trata de que la empresa tenga que asumir el gravamen de asegurar y disponer para uso sindical de ese medio de comunicación, sino de determinar si la falta de obligación empresarial en orden a facilitar tal infraestructura informática implica, a su vez, la facultad del empleador de impedir un uso sindical útil para la función representativa en la empresa una vez que el sistema está creado y en funcionamiento».

En esta distinción, entre lo que constituiría una carga *ex novo* para la empresa y lo que vendría a ser la utilización de un sistema preexistente, radica el *quid* de la sentencia. Pues la misma le permite al Tribunal ligar el objeto de litigio, no al contenido adicional del derecho de libertad sindical, sino al contenido esencial mínimo de este. En efecto, para el Tribunal la utilización de los medios preexistentes en la empresa por parte del sindicato en ejercicio de su derecho a transmitir información, con determinados límites, forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, derecho que el empleador habría lesionado, pues «los actos meramente negativos tendentes a obstaculizar el contenido esencial (aquí informativo) de la libertad sindical son contrarios a ésta, salvo que encuentren una justificación ajena a la simple voluntad de entorpecer su actividad», lo que no sería el caso.

En conclusión, y de acuerdo con esta doctrina, las empresas no están obligadas a dotarse de infraestructura informática para uso sindical, pero si ya la tienen la cuestión cambia, porque entonces sí pesa sobre el empresario el deber de garantizar el flujo de información sindical a través de esos medios, siempre que su utilización no perjudique la finalidad para

la que fueron creados por la empresa y se respeten algunos límites, «de carácter subjetivo y material», que el Tribunal precisa:

- a) El derecho se reconoce a las organizaciones sindicales «en el ejercicio de sus funciones representativas en la empresa», esto es, «sólo para transmitir información de naturaleza sindical y laboral». Cualquier utilización por parte del sindicato del sistema informático de la empresa con otra finalidad quedaría fuera del amparo constitucional.
- b) La comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa. Y no produce tal cosa «la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador en horario de trabajo», pues «nada impide la lectura de los mensajes al finalizar la jornada o en las pausas existentes».
- c) El sistema informático de la empresa, que ha sido creado como herramienta de producción, no puede ser utilizado sindicalmente perjudicando el uso específico empresarial. Debe emplearse «de manera que permita armonizar su manejo por el sindicato y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto». A tal efecto —dice la sentencia— «resultaría constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos absolutos»⁽⁷⁾.
- d) La utilización del instrumento empresarial «no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes»⁽⁸⁾.

Pues bien, personalmente creo que estamos ante lo que técnicamente se llama una sentencia de construcción inversa, para lo cual el Tribunal parte de una premisa falsa, que constituye la clave de la sentencia, esto es, que el uso sindical del sistema informático de la empresa, concebido como instrumento de trabajo, para usos sindicales no constituye una carga para la empresa. Soportar la utilización ajena de bienes propios es una suerte de servidumbre personal, y una servidumbre aunque sea sindical es una carga, como corrobora el propio Tribunal al establecer limitaciones a la misma. Y es que si no fuera una carga sería innecesario establecer límites a la utilización sindical del sistema informático de la empresa.

De otra parte, cabría preguntarse en qué medida la tesis central de la sentencia, esto es, el que del hecho de la existencia de un sistema informático en la empresa deriva el derecho a usarlo para transmitir información sindical, puede extrapolarse a otros bienes empresariales. ¿Esta «funcionalización» sindical se constriñe al sistema informático o se extiende a

(7) Por ejemplo, y según la STS de 16 de febrero de 2010, rec. 57/2009, la exigencia de «identificar una persona responsable de la administración de la cuenta de correo, siempre que tal responsabilidad se halle limitada a la custodia y distribución de los mensajes, sin alcanzar al contenido de aquéllos; el condicionamiento empresarial —nominar un administrador individual de la cuenta de correo— no puede considerarse, bajo ninguna consideración, como obstrucción al derecho de libertad sindical».

(8) En este sentido, el TS ya ha declarado que no es exigible en principio, salvo que exista una fuente generadora de tal deber, la dotación del equipo informático, la impresora y el escáner, reclamados por el sindicato recurrente para el «local adecuado» puesto a disposición del mismo en el centro de trabajo, STS de 17 de junio de 2010, LA LEY 110205/2010.

todas las herramientas de trabajo y/u otros bienes de la empresa que sean, como el Tribunal dice, «eficaces para la comunicación»? ¿Puede asimismo predicarse, por ejemplo, del teléfono, fijo o móvil, o del parque móvil de la empresa?

Pero además, la aplicación práctica de los límites de buen uso que el Tribunal establece no puede sino resultar problemática, como ya ha acreditado la jurisprudencia de suplicación que los utiliza. Son las consecuencias de lo que el voto particular de la sentencia llama el «constructivismo ordenancista» del Tribunal, que sobre todo en la jurisprudencia de amparo presenta importantes limitaciones.

- Como hemos visto, el primer límite que la sentencia establece a la utilización por el sindicato del sistema informático de la empresa es que ésta tenga por objeto «transmitir información sindical y laboral, pero sólo analizando los contenidos de la información transmitida podría la empresa cerciorarse del respeto de ese límite». ¿Sería lícito entonces el establecimiento de un control empresarial de los contenidos de la información emitida por el sindicato? Me temo que no, pues aunque no pueda considerarse al sindicato titular del derecho al secreto de las comunicaciones, probablemente este control constituiría una conducta antisindical, pero sin la posibilidad de tal control el límite se torna evanescente.

- En segundo lugar, como quiera que se reconoce exclusivamente el derecho al uso de «lo que hay», si es que lo hay, y en la medida en la que no cause perjuicios, los interrogantes se multiplican. ¿Puede la empresa con un servidor ya saturado negar la utilización al sindicato? En principio, parecería que no; la sentencia, en *obiter dicta*, niega expresamente la posibilidad de que el empresario adopte esta decisión unilateralmente y le reenvía al «auxilio judicial» «si con ocasión de su utilización el sindicato llega a incurrir en excesos u ocasionar perjuicios, a fin de que aquéllos sean atajados y éstos, en su caso, compensados». Pero a nadie se le oculta que, en según qué casos, el auxilio judicial puede no resultar tal por extemporáneo. Incluso si el proceso utilizado es el de conflicto colectivo, «lo normal es que la sentencia llegue demasiado tarde». A mi juicio, puesto que, como el propio Tribunal Constitucional sostiene en otro pasaje de la sentencia, en caso de conflicto entre el uso específico empresarial del sistema informático de la empresa y el uso sindical debe prevalecer el primero frente al segundo, ante una situación de bloqueo que impida o dificulte el funcionamiento de la empresa el empresario tiene el derecho de adoptar las medidas necesarias para garantizar tal funcionamiento, como, por ejemplo, una interrupción temporal del acceso al servicio acompañada de una regulación unilateral de su utilización tendente a evitar la situación creada, y que la licitud de su actuación, en este caso, puede ser enjuiciada *a posteriori*.

Esta opinión parece también compartirse por el propio Tribunal Supremo que, en Sentencia de 22 de junio de 2011, rec. 153/2010, resuelve un proceso de conflicto colectivo, en el que, entre otras pretensiones, el sindicato demandante solicitaba que se reconociera su derecho a usar el correo electrónico corporativo que permite dirigirse a todos los trabajadores y a disponer de un espacio exclusivo en la Intranet de la empresa como tablón sindical virtual⁽⁹⁾. El supuesto venía referido a una empresa que contaba con un sistema de

(9) Esta STS resuelve el recurso de casación presentado frente a la SAN 73/2010, de 12 de julio.

correo electrónico interno mediante el que la dirección podía dirigirse a los trabajadores y éstos podían comunicarse entre sí, si bien, por el momento —y aunque había negociaciones sobre el tema—, la empresa no permitía a los representantes de los trabajadores hacer uso del mismo, e incluso había amonestado por escrito a éstos por haber utilizado el correo electrónico para dirigirse a grupos numerosos de trabajadores. En la resolución del conflicto, el Tribunal parte de las siguientes premisas fácticas: 1) que el sistema de correo electrónico instalado está pensado «para la comunicación de los profesionales que trabajan con ordenador dentro de la empresa», no resultando apto para un «envío masivo»; 2) que, en confirmación de lo anterior, el uso ocasional del correo electrónico por parte de los sindicatos había producido en su momento un «colapso» del mismo y «a consecuencia de ello la actividad empresarial resultó perjudicada»; y 3) que la utilización de los medios de mensajería electrónica o la Intranet supone «un coste añadido para la empresa», según informe pericial aportado por ésta. Pues bien, a la vista de estas premisas, la aplicación de la doctrina sentada en la STC 281/2005 lleva al Tribunal Supremo a denegar la pretensión del sindicato, básicamente por dos razones: de un lado, porque, según lo dicho, no estaba garantizado el uso sindical de los medios de comunicación de la empresa sin perturbación de la actividad de ésta y de los objetivos de intercambio de información para los que fueron creados, suponiendo además dicho uso sindical un coste adicional significativo para la empresa; y de otro lado, la Sentencia también valora que, pese a la negativa del uso, la conducta de la empresa no había sido en ningún momento de obstrucción o de resistencia pasiva, sino de diálogo y de explicación de las dificultades existentes. De este modo, mediante esta decisión, el Tribunal Supremo convalida la actuación de la empresa que, ante los ocasionales actos de utilización sindical del correo electrónico para dirigirse a los trabajadores, no decidió soportar la conducta y recabar el auxilio judicial, sino que, por el contrario, ejerció su poder directivo y disciplinario, recordando que su uso estaba estrictamente limitado al ámbito profesional.

Repárese en que para tutelar su derecho de información sindical, el sindicato podrá siempre plantear una demanda de tutela de los derechos fundamentales (arts. 177 y ss. LRJS), proceso —éste sí— eficacísimo en el «auxilio». Quizás este planteamiento sea tutelador del propio sindicato que, según la construcción del constitucional, debería responder luego de los daños y perjuicios causados, daños y perjuicios que —a nadie se le oculta— pueden ser muy altos.

- Por último, ¿cuáles son los márgenes de la autorregulación empresarial de la utilización sindical del sistema informático? La sentencia afirma que el único límite es la exclusión en términos absolutos, pero ¿es verdaderamente así? En cualquier caso, y como confirma la referida STS de 22 de junio de 2011, parece que habrá que estar a las características del sistema informático para determinar si el empresario ha prohibido justificadamente su uso sindical o si las limitaciones resultan desproporcionadas. Y, en relación con lo anterior, ¿a quién corresponde probar si los medios informáticos de la empresa pueden o no soportar el uso sindical o si sería o no más costoso para la empresa? La cuestión tampoco es clara. Por una parte, con arreglo a lo dispuesto en el art. 217.2 LEC, debería ser el sindicato quien probara que ese uso no supone un gravamen adicional para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes (SAN de 20 de mayo de 2011, LA LEY 82796/2011). Pero, por otro lado, está la regla general de la carga de la prueba prevista para el demandado en el art. 217.3 LEC, que comporta que la empresa, al oponerse al uso

sindical del sistema informático, debería probar la insuficiencia del sistema informático; amén de que es la empresa quien tiene la facilidad probatoria, pues es la que tiene acceso a la fuente de prueba (el sistema informático), con lo que debería aplicarse lo previsto en el artículo 217.7 LEC, cuando modula la carga de la prueba en función de la disponibilidad y facilidad probatoria.

EMPLEABILIDAD, PLAN DE ACOMPAÑAMIENTO SOCIAL Y PLAN DE RECOLOCACIÓN: UNA PERSPECTIVA COMPARADA

ALEXANDRE DE LE COURT y SERGIO CANALDA CRIADO

*Doctorandos del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e Investigadores del greDTiSS
Universidad Pompeu Fabra*

RESUMEN

Empleabilidad, plan de acompañamiento social y plan de recolocación: una perspectiva comparada

Las reformas laborales de 2010 y de 2012 han producido un profundo cambio en la regulación de los procedimientos de despido colectivo. Uno de los contenidos del proceso modificados han sido los planes sociales, los cuales, según los modelos propuestos a nivel europeo e internacional, tienen que ser elaborados desde la lógica de la prevención, la colaboración entre todos los actores (empresario, trabajadores, administración) y el seguimiento y el control del cumplimiento del plan. Los planes sociales han sido objeto de las dos reformas laborales, pero su configuración legal ha variado de una reforma a otra, pasando de un tímido refuerzo de su papel como solución colectiva de las consecuencias de la reestructuración a la unilateralización de la decisión sobre medidas alternativas al despido, reduciendo la obligación del empresario a un único plan de recolocación externa en caso de despido de más de 50 personas. El presente artículo analiza el rol jurídico con que el legislador ha dotado a los planes sociales en las dos reformas, valorando especialmente su aportación a la empleabilidad de los trabajadores afectados por el despido colectivo. El análisis va precedido de un estudio de la normativa internacional y europea relacionada con tales procedimientos, así como algunos modelos propuestos a nivel internacional. También se inscribe en una comparación con la regulación del plan social dentro del procedimiento de despido colectivo en Francia y Alemania, dos modelos en los cuales la adopción de un plan social también resulta obligatorio, aunque va acompañado de más requisitos que en el caso español.

Palabras clave: Plan social, despido colectivo, reestructuración, empleabilidad, estudio comparativo.

ABSTRACT

Employability, social support plan and outplacement plan: a comparative perspective

The labour law reforms of 2010 and 2012 have produced a profound change in the regulation of collective redundancy procedures. One of the aspects that have been modified are the social plans, which, according to the models proposed at European and international level, have to be developed according to the logic of prevention, collaboration among all stakeholders (employers, workers, public authority) and control and monitoring of the execution of the plan. Social plans have been the subject of both labour law reforms, where its legal configuration has changed from a timid strengthening of its role as a collective solution to the consequences of company restructuring to the unilateralization and demutualization of the decision on alternatives to redundancies, reducing the employer's obligation to the sole adoption of an outplacement plan in cases of dismissal of more than 50 workers. This article assesses the legal role that has been attributed to social plans by the two reforms, valuing in particular their contribution to the employability of the workers affected by the redundancies. This analysis is preceded by the study of European and international standards related to such procedures and some models proposed by international and European institutions and social partners. It is also embedded in a comparative study of the regulation of social plans, within the context of collective redundancy procedures, in France and Germany, two models in which the adoption of a social plan is also compulsory, although subject to more requirements than in the Spanish case.

Keywords: Social plan, collective redundancies, restructuring, employability, comparative study.

Fecha de recepción: 3/9/2012.

Fecha de aceptación: 14/9/2012.

SUMARIO

- I. CRISIS ECONÓMICA Y REFORMAS LABORALES.
 - II. NORMAS INTERNACIONALES SOBRE EXTINCIÓN COLECTIVA Y PROTECCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL.
 - 1. Convenios de la OIT y normas en el ámbito europeo.
 - 2. Modelos propuestos desde la OIT, el diálogo social europeo y la Comisión Europea contra el impacto social de las reestructuraciones empresariales.
 - III. LOS PLANES SOCIALES EN OTROS SISTEMAS JURÍDICOS: ALEMANIA Y FRANCIA COMO MODELOS DE REFERENCIA.
 - 1. Francia.
 - 2. Alemania.
 - 3. Rasgos destacados de los dos sistemas.
 - IV. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 51 DEL ET Y DEL REGLAMENTO.
 - V. CONCLUSIONES.
-

I. CRISIS ECONÓMICA Y REFORMAS LABORALES

En 2008, una crisis marcadamente financiera con elementos de coyunturalidad, pero también de carácter estructural, produjo un frenazo en la actividad económica y en el consumo, con la consiguiente destrucción de empleo⁽¹⁾.

Ante este problema social, el legislador español presentó un conjunto de medidas a través de las cuales se perseguía cambiar el modelo productivo del Estado español, una de las grandes causas del fuerte impacto que la crisis va a tener en él. Pero en lugar de encastrar medidas estrechamente ligadas a este objetivo, como la creación de yacimientos de empleo, la mejora de la productividad, la inversión en I+D, el legislador se concentró en actuar en la regulación de las relaciones laborales. De esta forma, en un primer momento se aprobó la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, presentando en su Exposición de Motivos dos objetivos concretos:

(1) Ver al respecto, KRUGMAN, P., «Can Europe Be Saved?», artículo publicado en *The New York Times Magazine* de 12 de enero de 2011, <http://www.nytimes.com/2011/01/16/magazine/16Europe-t.html?pagewanted=1&_r=2&hp> (última visita: 13/09/2012); o ALFONSO MELLADO, C. L., «El Contexto socioeconómico y el alcance de la reforma laboral», ponencia presentada en las *XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social*, <<http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/any-2011-2/>> (última visita: 13/09/2012).

reducir la dualidad del mercado laboral y reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales. Sin embargo, nada tuvieron que ver con estos dos objetivos los profundos cambios introducidos en las causas, el procedimiento y la judicialización de los despidos colectivos, que incidieron en la flexibilización externa.

Con el cambio de mayoría parlamentaria a finales de 2011 se inicia una segunda etapa de reformas sociales más agresivas que las primeras, teniendo como telón de fondo la crisis de deuda pública de países como Grecia, Irlanda o Portugal, y la presión de los mercados financieros sobre la capacidad de países como Italia o España para financiarse autónomamente en los mercados a costa de pagar intereses cada vez más altos a sus acreedores⁽²⁾. La reforma proyectada por el Real Decreto-ley 3/2012, y luego la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, es profundamente más agresiva y desarticuladora del marco existente de relaciones laborales, y va todavía más lejos en el reforzamiento de elementos de flexibilización, no sólo interna sino sobre todo externa, abaratando directa e indirectamente el despido, tanto individual como colectivo, y favoreciendo la decisión unilateral del empresario como fuente de regulación de las relaciones laborales sobre la negociación colectiva⁽³⁾.

Tanto el legislador de 2010 como el de 2012 sitúan dichas reformas dentro de las medidas que persiguen la reducción de la dualidad en el mercado laboral a través de la disminución de los costes por despido objetivo, cuya cuantía se reduce tanto en el caso de un despido de carácter individual como colectivo, al mismo tiempo que se flexibilizan sus causas bajo el pretexto de aclararlas. Es más, el legislador de 2012 sitúa estas últimas dentro de las medidas «para favorecer la eficiencia del mercado laboral».

Además de los cambios que se dirigen, según argumenta el legislador, a reducir la dualidad del mercado de trabajo vía disminución de los costes de extinción de los contratos indefinidos, también se introducen medidas que desresponsabilizan al empresario de sus anteriores obligaciones⁽⁴⁾.

El resultado que se obtiene con las reformas tiene tres dimensiones: en primer lugar, no se reduce la dualidad del mercado laboral, lo que queda demostrado atendiendo a las cifras

(2) La crisis de deuda iniciada en 2011 tiene como origen, al menos en el caso español, la fuerte inversión pública que se realizó durante los dos años anteriores para mantener la actividad económica, como por ejemplo mediante el Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo de 2009 (Plan E), y para la reestructuración del sector financiero, para el cual el Estado español ha invertido más de 40.000 millones a través del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). El 25 de junio de 2012, España formalizó mediante carta dirigida al presidente del Eurogrupo, Jean-Claude Juncker, la solicitud de asistencia financiera para la recapitalización de las entidades financieras que así lo requirieran, convirtiéndose en el cuarto país que recibe ayuda económica por su incapacidad de financiarse en los mercados.

(3) Ver como primeras reflexiones, BAYLOS, A., «Una reforma laboral “clasista”», <nuevatribuna.es>, 11 de febrero de 2012, o VV.AA., *Revista de Derecho Social*, monográfico sobre la reforma laboral, núm. 57, 2012.

(4) Así, la reforma de 2010 introducía el resarcimiento al empresario de una parte de la cuantía de las indemnizaciones que habían de abonar por la extinción de contratos de carácter indefinido que se celebraran a partir del 18 de junio de 2010, siempre que fueran por las causas previstas en los artículos 51 y 52 del ET, a cargo del Fondo de Garantía Salarial, cumpliendo algunos requisitos y sólo hasta que estuviera en funcionamiento el Fondo de capitalización individual (disposición adicional décima de la Ley 35/2010). La disposición transitoria tercera de la Ley 35/2011 que introducía dicha medida fue derogada por el RD-Ley 3/2012, que introdujo de forma permanente, sin embargo, en el artículo 33.8 del ET tal resarcimiento para todas las empresas de menos de 25 trabajadores, con el único requisito de no ser declarado improcedente.

de la Encuesta de la Población Activa del 2.º trimestre de 2012 (véase tabla 1). En segundo lugar, se produce un aumento de la flexibilidad de la empresa para adecuar el volumen de su plantilla a la producción requerida, efecto totalmente contradictorio a la motivación política de las dos reformas: la creación de empleo. Y en tercer lugar, tampoco se puede olvidar que el despido no sólo es un modo de extinción del contrato de trabajo, sino también un instrumento de poder⁽⁵⁾, con las consecuencias que puede tener en el (des)equilibrio entre las partes del contrato de trabajo.

TABLA 1



Fuente: Elaboración propia según datos de la EPA.

Así pues, aun no siendo el origen de estas crisis el mercado de trabajo, y sin que sus consecuencias se relacionen con los objetivos argumentados, las reformas son fundamentadas por los poderes económicos como un instrumento fundamental para salir de la recesión económica. La presión ejercida desde aquellos poderes marcó el contexto sobre el cual el legislador realizó las reformas, siendo el resultado no tanto lo que realmente necesita la sociedad, sino lo que demandan los mercados financieros, o más precisamente los intereses asociados con estos últimos. Así, una crisis sin componentes laborales directos aparece no sólo como motivación de las reformas, sino también como argumento de control de las divergencias, permitiendo transmitir más fácilmente la idea de que las soluciones son sólo una⁽⁶⁾.

En términos comparativos, las soluciones propuestas redundan en la necesidad de flexibilizar una supuesta regulación demasiado rígida si se compara con nuestro entorno europeo. Sin embargo, acudiendo a las estadísticas que elabora la OCDE sobre los indicadores

(5) BAYLOS, A. y PÉREZ REY, J., *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, 2009.

(6) En este contexto, cabe mencionar el análisis que hace URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M., de los motivos de la reforma de 2012 presentados en el RD 3/2012, en «El Preámbulo del RD Ley 3/2012, o las retóricas de la manipulación», *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, 19-36, donde caracteriza el discurso de la reforma como singularmente falaz.

de protección del empleo (*OECD Indicators of Employment Protection*)⁽⁷⁾, hecho en el año 2008, podemos contrastar los costes por despido, tanto individual como colectivo, según la regulación española y las de otros países del entorno europeo. Somos conscientes del debate acerca de la imposibilidad de comparar de manera válida una institución compleja como la protección contra el despido, que no se puede separar de su contexto jurídico, económico y social más amplio⁽⁸⁾. Sin embargo, del análisis del índice que mide los costes de despido individual se puede concluir que la regulación española es menos restrictiva (2,38) que la de países cuyas economías son más competitivas que la nuestra, como son los casos de Alemania (2,85), Holanda (2,73), Suecia (2,72) o Francia (2,60).

Con respecto al índice de costes adicionales de despidos colectivos, se puede extraer que la regulación española sobre la materia muestra menos restricciones que muchas de las grandes economías de nuestro entorno europeo. El índice de países como Alemania (3,75), Bélgica (4,13), Austria (3,25), Luxemburgo (3,88), Polonia (3,66) o Suecia (3,75) demuestra mayores restricciones para proceder al despido colectivo de trabajadores que las existentes en la regulación española (3,13). Otras regulaciones como la de Dinamarca muestran el mismo índice que el español, mientras que otros países como Holanda (3,00) o el Reino Unido (2,85) muestran un índice inferior al de España, pero no muy alejado.

La lectura de estos datos nos demuestra, por tanto, que antes de la crisis de 2008 el coste del despido tanto individual como colectivo en la regulación española era menor que el de muchas economías más competitivas.

Habiéndose analizado las consecuencias de las reformas implementadas, debemos detenernos ahora en los instrumentos que desarrolla el legislador para contrarrestar los efectos adversos sobre los trabajadores. En este artículo los autores queremos centrarnos en la nueva regulación de las medidas sociales que se insertan en los procedimientos de regulación de empleo, especialmente en aquel de despido colectivo de trabajadores regulado en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

Las reformas que estudiaremos aquí han discurrido por diferentes caminos, describiendo una trayectoria que en primer lugar, en la reforma de 2010, apuntaba a los planes sociales como una «solución colectiva» —la mutualización de las consecuencias sociales de los despidos colectivos— que garantizaría la empleabilidad del trabajador, y que después, tras la reforma de 2012, deriva en una «solución individual» —desresponsabilización del empresario y de la administración— sometida a la eficiencia del mercado de trabajo y cuyo peso recae únicamente en el trabajador.

Para valorar ambas posiciones, es importante tomar en cuenta el proceso socio-económico que envuelve los despidos colectivos: la reestructuración empresarial. Así, como se dirá más adelante, tanto desde la Unión Europea como desde la OIT se pretende que dichos procesos se ejecuten reduciendo el impacto que tiene la dimensión colectiva de la extinción

(7) Para una explicación de los indicadores OCDE, véase <http://www.oecd.org/document/11/0,3746,en_2649_37457_42695243_1_1_1_37457,00.html>.

(8) Véase sobre esta cuestión DE LE COURT, A., «La Reforma del despido (2012) y la “excusa” europea: un análisis comparado desde la perspectiva de la flexiguridad», comunicación presentada a las *XXIII Jornadas Catalanas de Derecho Social*, <<http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/any-2012/>> (última visita: 13/09/2012).

de contratos de trabajo sobre el entorno. En este contexto, atendiendo a SERRANO GARCÍA, el plan social se definiría como «un conjunto de medidas organizadas atendiendo a la causa de la reestructuración empresarial, a las posibilidades de la empresa del sector y a los caracteres personales y profesionales de los trabajadores afectados»⁽⁹⁾. Así pues, el plan social tiene un «fin colectivo, minimizar el impacto social del ajuste de plantillas que se propone [por parte de] el empresario en una doble vertiente, por un lado, reduciendo a lo estrictamente necesario el ajuste de la plantilla (...), y por otro, presentando opciones al conjunto de trabajadores afectado por el despido que les faciliten su accesibilidad al mercado de trabajo»⁽¹⁰⁾. Es decir, se salvaguarda el interés colectivo sobre «las situaciones individuales de cada trabajador». En este sentido de colectividad, SÁEZ LARA señala que «los programas de acompañamiento para favorecer la recolocación de trabajadores implican, en definitiva, que el trabajador no es el único responsable de su situación de transición laboral, que su permanencia en el mercado de trabajo no es sólo responsabilidad de la Administración Pública por lo que la empresa tendría que jugar un papel en su recolocación, aunque sea favoreciendo su empleabilidad. De esta manera, se afirma, se procura conceptualizar como un problema colectivo la búsqueda de soluciones para realizar con éxito las transiciones entre ocupaciones»⁽¹¹⁾.

Es pues este rol jurídico —mutualizar la responsabilidad para paliar el impacto social del proceso— el que deben tener los denominados planes sociales, y desde este rol analizaremos las reformas del artículo 51 ET y del Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos⁽¹²⁾, contrastando dicha nueva regulación desde dos perspectivas: la primera, una perspectiva multinivel, con la normas internacionales de la Organización Internacional del Trabajo y desde el ámbito europeo; y la segunda, una perspectiva comparada, con la que ya existe en los ordenamientos jurídicos alemán y francés.

(9) SERRANO GARCÍA, J.M.^a, «El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales...», *Temas Laborales*, núm. 99/2009, 220.

(10) SERRANO GARCÍA, J.M.^a, «El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales...», 218-219.

(11) SÁEZ LARA, C., «Espacio y funciones de las empresas de recolocación», en *Temas Laborales*, núm. 107/2010. p. 340.

(12) Las reformas fueron introducidas por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y por el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba un nuevo Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, derogando el Reglamento con el mismo titulado aprobado por Real Decreto 43/1996, de 19 de enero (por razones de comodidad se referirá a estos dos instrumentos con la expresión «la reforma de 2010»), y por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y la Ley 3/2012, de 7 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (a los cuales se referirá bajo la expresión «la reforma de 2012»). Consideraremos como incluido en la reforma de 2012 el ya anunciado, aunque todavía no aprobado, Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, que deroga el citado Real Decreto 801/2011, interpretado por la Orden Ministerial ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, y así el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos de 2010. El análisis realizado en este artículo se basa en el último borrador de Proyecto que circula entre los diferentes agentes sociales, que no tendría que ser modificado en cuanto a los planes de recolocación, debido a la falta de comentarios y recomendaciones de los mismos sobre el articulado referente a esta materia.

II. NORMAS INTERNACIONALES SOBRE EXTINCIÓN COLECTIVA Y PROTECCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

1. Convenios de la OIT y normas en el ámbito europeo

Antes de empezar a analizar la regulación española, no se puede prescindir de hacer referencia al marco legal internacional en el cual se desarrolla.

El Convenio OIT sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982 (núm. 158), fue ratificado por España el 18 de febrero de 1985 (BOE de 29 de junio de 1985) y entró en vigor el 26 de abril de 1986. Este convenio tiene como objetivo la protección de los trabajadores «contra la terminación arbitraria e injustificada de la relación de trabajo y contra las dificultades económicas y sociales que entraña la pérdida del empleo»⁽¹³⁾. No es casual que el reforzamiento del nexo contractual que defiende el convenio se produjera a comienzos de la década de los años 80, cuando, tras las dos crisis del petróleo, especialmente después de la segunda de 1979, el modelo productivo colapsó y, citando el preámbulo de la norma, era oportuno «adoptar nuevas normas internacionales en la materia, habida cuenta en particular de los graves problemas que se plantean en esta esfera como consecuencia de las dificultades económicas y de los cambios tecnológicos sobrevenidos durante los últimos años en gran número de países».

De lo atinente al contexto actual en relación a aquel en el que vio la luz el convenio núm. 158 existen semejanzas que queremos remarcar puntualmente no sólo por la situación de crisis económica que condiciona las medidas adoptadas sino además por el contenido del debate político-económico. Por un lado, entre las adversidades a las que se tuvo que hacer frente para la ratificación de la norma, estuvieron aquellas reticencias expresadas por gobiernos y organizaciones patronales versadas en que su aplicación «introduce elementos de rigidez en la normativa laboral a expensas de sistemas de relaciones laborales más flexibles y suficientemente competitivos para las empresas, lo que repercute negativamente en la creación de empleo y en la productividad, así como en la movilidad de los trabajadores»⁽¹⁴⁾. Sin embargo, se ha demostrado que «la preservación de garantías mínimas puede incidir positivamente en la mejora de la competitividad y en la eficacia productiva»⁽¹⁵⁾. Por otro lado, la siguiente semejanza es el cambio productivo que, al menos en España, se pretendía implementar a través de potenciar medidas como incrementar la investigación o potenciar determinados sectores productivos para que puedan competir en el mercado globalizado. Si la conclusión extraída de la reestructuración de la década de los ochenta fue lo beneficioso del fortalecimiento de la relación laboral como sinónimo de estabilidad en el empleo, qué duda cabe que, en un escenario similar, toda medida encaminada a reforzar la empleabilidad de los trabajadores será la primera piedra de una mejora

(13) Estudio General de la protección contra el despido injustificado (1995). Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Párrafo 3.º citado en PUMAR BELTRÁN, N., «La incidencia del Convenio Núm. 158 OIT sobre la protección del despido en el Derecho Español», en *La aplicación de los Convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada* (coord. CARUSO, B., FREEDLAND, M., LÓPEZ LÓPEZ, J. Y STONE, K.). Albacete: Editorial Bomarzo, 2011, 85.

(14) PUMAR BELTRÁN, N., en *La aplicación de los Convenios de la OIT por los jueces nacionales...*, 2011, 86.

(15) PUMAR BELTRÁN, N., en *La aplicación de los Convenios de la OIT por los jueces nacionales...*, 2011, 88.

de la formación y cualificación de éstos al servicio de las empresas. En este sentido, en el siguiente apartado veremos las propuestas realizadas desde la Organización Internacional del Trabajo para el momento actual.

En lo referente a la regulación contenida en la norma en relación a las medidas para paliar las consecuencias derivadas del despido de dimensiones colectivas que aquí tratamos, el artículo 13 del Convenio OIT prevé que, en caso de despidos por motivos económico, el empleador tiene que ofrecer a los representantes de los trabajadores interesados «una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos». Esta previsión es superada por aquella que hace la regulación comunitaria y que a continuación estudiamos.

Por último, los convenios OIT son normas que establecen estándares de mínimos, es decir, siempre sujetos a una posible mejora por parte de los estados soberanos que los ratifican. Es por tanto deber del Estado aplicar su norma nacional bajo el principio de norma más favorable, tanto en materia de definición de las causas como en umbrales numéricos y procedimiento⁽¹⁶⁾.

En el marco de la Unión Europea, 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 jugaría un mismo papel. En lo referente a los planes sociales, el artículo 2(2) prevé que las consultas a iniciar con los representantes de los trabajadores en caso de despido colectivo deben versar, «como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.

Los Estados miembros podrán disponer que los representantes de los trabajadores puedan recurrir a expertos de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales».

Aunque no contenga obligación de adoptar un plan de acompañamiento social en caso de despido colectivo, la Directiva ya marca la vía a seguir para mejorar la empleabilidad de los trabajadores afectados, aunque sea a través de una forma de control de la decisión del empresario de carácter procedimental, descartando la obligación de otras formas de control, como las basadas en hechos que justificarían la decisión⁽¹⁷⁾. Además, como lo veremos más adelante, establece normas mínimas en cuanto a participación de los representantes de los trabajadores, plazos de las consultas y alcance de la obligación de comunicación del empresario al principio del período de consultas.

Esta Directiva debe ser también conectada con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su artículo 30 sobre protección en caso de despido injustificado proclama que «todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injus-

(16) Véase LÓPEZ LÓPEZ, J., «La Construcción de derechos sociales: judicialización y aplicación de los convenios de la OI», en LÓPEZ LÓPEZ, J., CARUSO, B., FREEDLAND, M. y STONE, K., *La Aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada*, Bomarzo, 2011, 13-26.

(17) GARCÍA SERRANO, J.M.^a, *El Plan Social en los Despidos Colectivos*, Lex Nova, 2002, 174.

tificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales».

Por último, la Carta Social Europea del Consejo de Europa proclama en su artículo 29 sobre Derecho a información y consulta en los procedimientos de despido colectivo que «[p]ara garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a ser informados y consultados en los casos de despidos colectivos, las Partes se comprometen a garantizar que los empleadores informen y consulten oportunamente a los representantes de los trabajadores, antes de dichos despidos colectivos, sobre las posibilidades de evitar dichos despidos colectivos o de limitar su número y mitigar sus consecuencias, por ejemplo recurriendo a medidas sociales simultáneas dirigidas, en particular, a promover la recolocación o la reconversión de los trabajadores afectados». La protección en caso de despido, según el artículo 24 de la Carta, se basa en el derecho de todos los trabajadores «a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio» y en el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida «a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada» y el derecho a recurrir ante un órgano imparcial a fin de resolver la controversia.

2. Modelos propuestos desde la OIT, el diálogo social europeo y la Comisión Europea contra el impacto social de las reestructuraciones empresariales

Desde la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como desde el diálogo social europeo, se han dirigido trabajos con el fin de aminorar el impacto social negativo de los procesos de reestructuración empresarial, mediante la sensibilización de los agentes socio-económicos que participan en ellos.

Con este fin, la OIT publicó en 2005 *Restructuring for corporate success: A socially sensitive approach*⁽¹⁸⁾, como orientación para adoptar estrategias que reduzcan al mínimo los efectos sociales negativos de la reestructuración empresarial y, especialmente, el respeto de las disposiciones de las normas internacionales del trabajo. En este sentido, el documento señala que éstas representan un consenso internacional sobre cuáles son las mejores prácticas. De todas ellas, el documento subraya el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982 (núm. 158), el cual ha sido analizado más arriba, así como el Convenio sobre igualdad de remuneración de 1951 (núm. 100), el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958 (núm. 111) y las recomendaciones que desarrollan estos Convenios, como son la Recomendación sobre igualdad de remuneración de 1951 (núm. 90) y la Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

Además la OIT establece una serie de opciones que los empresarios deben tener en cuenta a la hora de diseñar, implantar y evaluar la reestructuración, además de ofrecer ejemplos de buenas prácticas. De esta forma, es reseñable que, en una fase de «estudio y planteamiento» (*study and planning*), la OIT recomienda la consulta con todos los agentes

(18) ROGOVSKY, N., OZOUX, P., ESSER, D., MARPE, T., BROUGHTON A., *Restructuring for corporate success: A socially sensitive approach*. Ginebra: International Labour Office, 2005.

sociales sobre «las opciones (sobre mejoras en la eficiencia, los efectos financieros y los efectos sobre la posición de mercado y las perspectivas de negocios), así como sobre los costes no sólo económicos sino también sociales, sobre el medio ambiente e, inclusive, aquellos que puedan estar ocultos»⁽¹⁹⁾.

En una siguiente fase denominada «de preparación» (*preparation*) se incluyen dos instrumentos que después analizaremos por ser fundamentales para corregir las consecuencias sociales negativas de la reestructuración: en primer lugar, la elección y nombramiento de un «comité de expertos» responsable de la gestión de la reestructuración y que se compondría de un «presidente» y representantes de los actores afectados, como por ejemplo especialistas para determinadas materias (ej. comunicación, contabilidad), representantes de los afectados (trabajadores, recursos humanos, gestión), y otros actores que participan en la producción o en la distribución del bien o servicio producido; en segundo lugar, siendo muy relevante, la elección de las medidas apropiadas y necesarias que ayuden a los trabajadores despedidos agrupados en «unidades» creadas de acuerdo a necesidades específicas⁽²⁰⁾.

La tercera fase denominada «de acción»⁽²¹⁾ (*action*) tiene como objetivo la implementación de las medidas que afectan tanto a los trabajadores que ven extinguida su relación laboral como los que no. En la fase final, «de evaluación e implicaciones sobre el futuro de la gestión de los recursos humanos» (*Evaluation and implications for future HR management*), el «comité de expertos» ha de evaluar de forma completa «lo que se ha hecho, lo que se ha logrado, y qué proporción de los recursos se han utilizado para cada paso. Estos resultados tienen que ser comunicados a la dirección y requieren una evaluación cuidadosa según indicadores de tiempo, financieros, organizativos, estratégicos y sociales. Los resultados de este análisis también deben ser expuestos a todos los agentes sociales»⁽²²⁾. Durante el desarrollo de cada una de estas fases, el documento concluye que «el respeto a todos los *seres humanos* involucrados en la reestructuración, mediante el trato justo y la ayuda a encontrar un nuevo trabajo»⁽²³⁾ debe ser un principio que haya guiado todo el proceso.

Como hemos señalado antes, creemos que la creación de un «comité de expertos» o comité de reestructuración y la elección correcta de las medidas a tomar para aminorar las consecuencias negativas del proceso son dos ejes fundamentales para diseñar un plan social. En primer lugar, porque el comité de reestructuración (al igual que el comité de salud o las comisiones de igualdad que regula nuestra legislación laboral) se convertiría en un órgano permanente durante todo el proceso de reestructuración pero también de seguimiento de la ejecución del plan social, sin esperar a su incumplimiento para acudir a la vía

(19) Traducción realizada por los autores de ROGOVSKY, N., OZOUX, P., ESSER, D., MARPE, T., BROUGHTON, A., *Restructuring for corporate success...*, op. cit., p. 39.

(20) ROGOVSKY, N., OZOUX, P., ESSER, D., MARPE, T., BROUGHTON, A., *Restructuring for corporate success...*, op. cit., 40.

(21) ROGOVSKY, N., OZOUX, P., ESSER, D., MARPE, T., BROUGHTON, A., *Restructuring for corporate success...*, op. cit., 43.

(22) Traducción realizada por los autores de ROGOVSKY, N., OZOUX, P., ESSER, D., MARPE, T., BROUGHTON, A., *Restructuring for corporate success...*, op. cit., 45.

(23) Traducción realizada por los autores de ROGOVSKY, N., OZOUX, P., ESSER, D., MARPE, T., BROUGHTON, A., *Restructuring for corporate success...*, op. cit., 47.

judicial. En segundo lugar, la participación del comité de reestructuración en la toma de decisión de las medidas a adoptar (en parte esto se lograría durante el periodo de consultas que prevé el artículo 51 del ET) facilitaría el consenso sobre la adecuación de éstas en el momento de la solicitud final del procedimiento de regulación de empleo, pero también durante la implementación del plan.

Cabe también mencionar como documento de relevancia e iniciativa europea en curso de desarrollo el Libro Verde *Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente?*⁽²⁴⁾. Bajo el epígrafe «Minimizar el impacto social», la Comisión Europea expone lo siguiente: «Cuando los despidos sean inevitables o formen parte de las opciones alternativas, se puede invitar a las empresas, las autoridades locales y todas las partes interesadas pertinentes, incluidos los proveedores de atención sanitaria y seguridad social, a colaborar para adoptar medidas a fin de que los trabajadores afectados mejoren su empleabilidad y se reintegren en el mercado laboral lo antes posible.

Está demostrado que, por sus consecuencias humanas y psicológicas, las reestructuraciones mal gestionadas pueden tener un importante impacto negativo a largo plazo sobre los recursos humanos de las empresas, debilitando este factor esencial para la competitividad. Por eso, las empresas y los interlocutores sociales de determinados sectores sometidos a procesos de cambio especialmente intensos han acordado directrices para gestionar los problemas de salud mental en el lugar de trabajo, y están cada vez más comprometidos en la gestión de estos retos».

Además de la necesidad de prevención en materia de reestructuraciones, que impregna todo el documento, se insiste otra vez en la necesaria colaboración entre los diferentes actores en materia de elaboración y ejecución de planes sociales. Los párrafos citados también tienen relevancia en la medida que tratan de un aspecto que parece estar ausente del debate político y jurídico español, pero cada vez más presente a nivel europeo e internacional, que es el impacto en la salud con carácter traumático que tiene el proceso sobre los afectados⁽²⁵⁾.

Por otro lado, y fruto del diálogo social europeo, el documento de los agentes sociales a nivel comunitario titulado *Improving the anticipation and management of restructuring... adding value through social partner engagement*⁽²⁶⁾, también contiene algunas recomendaciones relevantes. Así, subraya que, en aquel contexto donde, en caso de reestructuración, el sistema de los planes de acompañamiento se basara todavía demasiado en el pago de compensaciones, se tendría que fomentar más la aplicación de medidas de transición laboral. Esto requeriría no sólo la necesidad de diseñar planes sociales de largo plazo, y por lo tanto, más complejos. También niega que el coste de un sistema centrado en la transición laboral sea demasiado elevado⁽²⁷⁾.

(24) COM (2012) 7 final.

(25) Véase el informe, de 2009, del Comité de Expertos Europeos sobre Salud en Reestructuraciones, KIESE-LBACH, T., «Health in Restructuring. Innovative Approaches and Policy Recommendations», <http://www.ipg.uni-bremen.de/research/hires/HIRES_FR_090518_english.pdf> (última visita, 10/09/2012), o «El efecto del desempleo sobre la salud» de la Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública, febrero de 2012.

(26) Joint European Level Social Partners' Work-programme. Joint Study on Restructuring in the EU Synthesis Report for the seminar to be held in Brussels on 21st and 22nd January 2010, ETUC.

(27) Joint European Level ..., *op. cit.*, 39.

De la abstracción de la normativa internacional y de los modelos propuestos obtenemos los primeros rasgos esenciales de una regulación de los planes sociales y de sus fines: lógica de prevención, necesaria intervención de todos los actores involucrados materializándose en un comité de reestructuración, con funciones de seguimiento y mutualización de las responsabilidades sobre la solución (trabajador, empresario, administración pública).

III. LOS PLANES SOCIALES EN OTROS SISTEMAS JURÍDICOS: ALEMANIA Y FRANCIA COMO MODELOS DE REFERENCIA

Un estudio comparado de los procedimientos en caso de despidos colectivos en Bélgica, Alemania, Francia, Suecia y el Reino Unido revela que, por influencia del derecho europeo, del igual nivel de desarrollo económico y de la similitud de tradiciones legales, la regulación de los mismos presenta muchas similitudes⁽²⁸⁾. Sin embargo, si nos centramos en el estudio de los planes sociales, aparecen diferencias importantes. Así, estos países cuentan todos con procedimientos de información y consulta con los representantes de los trabajadores, obligación de notificación de la intención de despido colectivo a las autoridades administrativas, aunque no requieren de autorización administrativa. En lo relativo a los planes sociales, sólo Francia y Alemania prevén la obligación legal de presentar éstos en caso de despido colectivo, aunque esto no implica que en los otros países los despidos colectivos no vayan acompañados de medidas para limitar o mitigar sus efectos: en Suecia, por ejemplo, existen medidas negociadas por los agentes sociales a nivel sectorial, y en Bélgica, en la práctica los despidos van acompañados de un plan social. Sin embargo, Francia y Alemania tienen un sistema mucho más desarrollado, con cierto énfasis en la recolocación y garantías legales y judiciales tanto a nivel de la elaboración del plan como de su ejecución. Dado que el sistema español parece seguir una vía semejante, un estudio más detenido de estos dos sistemas se puede revelar útil a la hora de evaluar las reformas de 2010 y 2012.

1. Francia

La legislación francesa impone la obligación de elaborar un plan social en caso de despido colectivo de más de 10 personas en empresas de más de 50 trabajadores. El término exacto es «plan de salvaguardia del empleo», aunque en la práctica suele referirse a él con la denominación de plan social⁽²⁹⁾. La materia está regulada en los artículos L1233-61 y siguientes del Código del Trabajo, y el contenido de los planes está sometido a revisión por las jurisdicciones sociales, por lo cual sus contenidos tienen que adecuarse a ciertos principios desarrollados por la jurisprudencia.

Por otro lado, en empresas de menos de 50 trabajadores, no existe obligación de adopción de un plan social, pero la legislación precisa que el empresario puede prever medidas

(28) STORRIE, D., «Collective dismissals in Belgium, France, Germany, Sweden and the UK: Some legal, institutional and policy perspectives», proyecto MIRE, 2007, <<http://www.mire-restructuring.eu/docs/Collect.redundancies%20EN.pdf>> (última visita: 5/09/2011).

(29) De hecho, en el lenguaje común, las palabras plan social se suele referir a un despido colectivo.

parecidas a las que se tienen que integrar en un plan social. En este caso la ejecución de estas medidas puede ser exigida ante los tribunales del mismo modo que si se tratara de un plan social⁽³⁰⁾.

Respecto del contenido del plan, la ley define algunas prioridades: tiene que incluir medidas para evitar o limitar los despidos y para facilitar la recolocación dentro o fuera de la estructura organizativa de la empresa, sobre todo de trabajadores mayores o que presenten características sociales que hacen la reinserción profesional particularmente difícil. El carácter prioritario de estas medidas se desprende también de la obligación general del empresario de anticipar la evolución del empleo y de las capacidades profesionales con el fin de evitar los despidos. La empresa tiene también la obligación, una vez el procedimiento de despido colectivo se haya iniciado, de recolocar a los trabajadores antes de proceder a despido, lo que implica la obligación de buscar de forma efectiva posiciones de recolocación dentro de la empresa o del grupo⁽³¹⁾. Aparte de esto, la ley cita también como medidas la creación de actividades nuevas, acciones que favorezcan el *outsourcing*, la formación y la reducción del tiempo de trabajo dentro de la empresa. Por tanto, el plan social tiene que contener, por una parte, medidas alternativas al despido y, por otra parte, un plan de recolocación interna y externa para los trabajadores afectados por el despido⁽³²⁾⁽³³⁾.

Al contrario del sistema alemán, que tiende a separar el plan social de la determinación de las medidas de reestructuración, el plan social francés parece invadir más la autonomía del empresario, en la medida en que habla de evitar o limitar los despidos. Además, según la jurisprudencia, el plan no puede limitarse a medidas clásicas como incentivos al despido voluntario, prejubilación o derechos de prioridad en caso de vacantes, sino que la empresa ha de estudiar otras medidas posibles, como por ejemplo la reducción del tiempo de trabajo, la creación de nuevas actividades⁽³⁴⁾, etc.

Ya desde su primera presentación al comité de empresa, en el marco del procedimiento de consulta previa a los despidos, las medidas propuestas tienen que ser concretas y precisas, lo que implica que han de ser efectivas y permitir verdaderamente una disminución del número de los despidos y asegurar la recolocación de varios trabajadores⁽³⁵⁾. Este principio de precisión es uno de los tres criterios jurisprudenciales utilizados para decidir la validez del plan. Además de este criterio, juega también el principio de *complétude*, o carácter completo del plan: tiene que contener todas las medidas a disposición de la empresa. Final-

(30) Tanto el art. 18.1 del RD 801/2011 como el Proyecto de RD de 2012 otorgan el mismo efecto a medidas unilaterales o acordadas entre la empresa y los trabajadores que no sean formalmente un plan de acompañamiento social/de recolocación obligatorio.

(31) VAN KEMPEN, M., PATMORE, L., RYLE, M., VON STEINAU-STEIRRÜCK, R. (eds.), *Redundancy Law in Europe*, Kluwer, 2008, 79-81.

(32) La primera denominación del «plan de salvaguardia del empleo» era «plan social y de recolocación». Resulta también llamativa la obligación para la empresa de proponer medidas de recolocación en caso de despido económico individual.

(33) La obligación de recolocación ha hecho aparecer las llamadas «cellules de reclassement» (células de recolocación). Están presentes en el 85% de los planes sociales en 2008 e involucran tanto a la empresa, como a empresas de recolocación y a la administración.

(34) COHEN, M., «Le Droit des comités d'entreprise et des comités de groupe», *LGDJ*, 2005, 704.

(35) PÉLISSIER, J., AUZERO, G., y DOCKÈS, E., *Droit du Travail*, 25.^a edición, Dalloz, París, 2011, 590.

mente, como lo precisa el artículo L1235-11 del Código de Trabajo, las medidas se valoran en función de los medios de los cuales dispone la empresa, el grupo, o la unidad económica afectada (principio de proporcionalidad)⁽³⁶⁾.

La ausencia de presentación del plan social o su insuficiencia (con respecto a los criterios de *complétude*, precisión y proporcionalidad)⁽³⁷⁾ se sancionan con la nulidad del mismo, y por ello la de los despidos, con la consiguiente obligación de reintegración de los trabajadores (o, en caso de imposibilidad, del pago de una indemnización equivalente al menos a 12 meses de salario). Sin embargo, las irregularidades en el período de consultas se sancionan con la suspensión del período, o, si los despidos ya se han pronunciado, con la indemnización del perjuicio sufrido por los trabajadores.

El plan tiene que prever también modalidades de seguimiento de su ejecución (como un comité *ad hoc*, o la repartición de poderes entre empresa, comité y delegaciones sindicales para el seguimiento, etc.), así como el desarrollo impuesto por Ley de unas consultas regulares y detalladas con el comité de empresa o con la delegación sindical para su seguimiento, obligando también la autoridad laboral al seguimiento.

El papel de la autoridad laboral, por su parte, es importante porque interviene tanto al nivel de la elaboración del plan como en su seguimiento. Así, al recibir la notificación obligatoria de que la empresa va a proceder a despidos colectivos, sin que se haya previsto un plan social, notifica a la empresa esta ausencia. Además, la autoridad administrativa puede hacer propuestas (teniendo en cuenta la situación económica de la empresa) antes de la última reunión del comité de empresa en el marco del periodo de consultas, a las cuales el empresario tiene que responder de manera motivada⁽³⁸⁾. Tampoco se puede despreciar el papel que juega la administración a través del manejo de fondos para acompañar la reestructuración. Finalmente, se asegura que sean ejecutadas las medidas sociales (plan de salvaguarda del empleo, o, en caso de empresas de menos de 50 trabajadores, medidas sociales posiblemente anunciadas y acordadas por la empresa)⁽³⁹⁾, aunque el control, tanto *a priori* como *a posteriori*, lo hace sobre todo el poder judicial. Así, el Tribunal de Instancia puede intervenir en urgencia, a petición del comité de empresa o de un sindicato, durante el periodo de consultas y de elaboración del plan (para que se determine su insuficiencia, por ejemplo, lo que implica que el procedimiento de información y consulta se tiene que volver a iniciar). La jurisdicción social tiene el poder de apreciar la validez y conformidad a dere-

(36) Ver, por ejemplo, la Sentencia de la *Chambre Sociale* de la *Cour de Cassation* de 28 de marzo de 2000, *Bull. Civ. V*, núm. 131, o <<http://legimobile.fr/fr/jp/j/c/civ/soc/2000/3/28/98-21870/>> (última visita: 18 de junio de 2012), que estima que la lista de medidas que se pueden adoptar en un plan social contenidas en la ley, aunque es indicativa, obliga al empresario a contemplarlas todas dentro del límite de sus posibilidades, por lo cual no se puede limitar, sin justificación suficiente, a adoptar sólo una o algunas; o la Sentencia de la misma sala de 23 de enero de 2002, en la cual se considera que algunas de las medidas, como posibilidades de reducción de jornada, pueden revelarse esenciales, razón por la cual su ausencia puede entrañar el carácter incompleto del plan.

(37) La ley ve como motivo de nulidad los defectos (ausencia, insuficiencia) que afectan al plan de recolocación que ha de integrar el plan social, pero la jurisprudencia, ya citada, parece interpretar la insuficiencia con referencia a medidas que van más allá del mero plan de recolocación en la motivación de la nulidad del plan social.

(38) El empresario también ha de responder de manera motivada a cualquier notificación que le haga la autoridad laboral referente a irregularidades en el proceso o el contenido del período de consultas.

(39) Aunque la empresa no tiene la obligación legal de prever estas medidas, si las anuncia y las consulta con el consejo de empresa, su ejecución es obligatoria.

cho del mismo, a instancia de los trabajadores afectados, y puede pronunciar la nulidad del despido y la consiguiente reintegración o indemnización, en caso de insuficiencia (con respecto a los criterios de *complétude*, precisión y proporcionalidad) o de ausencia del plan.

Por tanto, el sistema francés, además de obligar al empresario a adoptar un plan social para mejorar la empleabilidad y garantizar la recolocación en caso de despido colectivo, presenta garantías para que se adopten planes de manera mínimamente seria, y obliga al empresario a no ver las soluciones a dificultades económicas a través del único prisma del despido.

A nuestro parecer, este control no se debe ver como uno que se extralimite coartando indebidamente la libertad de la empresa en la configuración de sus decisiones. Los criterios utilizados para juzgar el contenido del plan son criterios más formales que materiales, y no van más allá de la garantía del *best effort* en la búsqueda de soluciones a la situación de despido. Además, estos criterios utilizados fomentan la búsqueda de soluciones creativas en la elaboración de los planes. A este respecto es importante destacar que el índice OCDE de costes adicionales en caso de despido colectivo, que vimos al comienzo de este artículo, para Francia es uno de los más bajos de los países analizados, de tal manera que las garantías que contiene la regulación francesa no conducen automáticamente a un encarecimiento indebido del despido colectivo. Finalmente, la obligación de prever medidas de seguimiento de la aplicación del plan (institución de comités *ad hoc*, entre otras posibilidades) es otra garantía de efectividad tanto en la ejecución como en la elaboración de los planes.

Lo que precede no implica necesariamente que Francia tenga planes sociales de calidad superior a la media. Un estudio realizado en 2005 concluye, por una parte, una falta de calidad general de éstos observando la tasa de «reempleo» de los trabajadores despedidos. Sin embargo, por otra parte, destaca una tasa más elevada de «reempleo» en comparación con los trabajadores no incluidos en un plan social⁽⁴⁰⁾. Otro estudio revela que de los 13.500 trabajadores acogidos a un plan de recolocación concertado entre empresa y administración laboral en 2005, al final de la duración del plan el 30% tenían un contrato indefinido, un 15% un contrato determinado de más de 6 meses, un 10% trabajaban a través de una ETT, un 4% habían creado su propia empresa, un 7% seguían en formación, y un 29% seguían en otra situación (desempleo, prejubilación, etc.)⁽⁴¹⁾. Se puede observar que, aunque existe una tasa de recolocación de alrededor del 60% (en línea con varios otros estudios), no se garantiza la obtención de trabajo de calidad⁽⁴²⁾⁽⁴³⁾. Otro estudio apunta a que el contexto de

(40) BRUGGEMAN, F., «Plans sociaux: l'impossible accompagnement social des licenciements économiques», *Revue de l'IREs*, núm. 47, 2005/1, 215-231.

(41) *Les Cellules de Reclassement*, Estudio del Conseil Économique, Social et Environnementale de la République Française, 2010, <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/104000042/index.shtml>> (última visita: 7/9/2012), p. 18.

(42) Además, estas tasas globales esconden desigualdades claras en desfavor de trabajadores de más de 40 años o de trabajadores de categorías profesionales que requirieran menos cualificaciones, ver *Les Cellules de Reclassement*, *op. cit.*, 22-23; en cuanto a estos últimos trabajadores, el estudio subraya sus dificultades para acceder a la formación, resultando una desigualdad aún más grande, dada la falta de configuración legal y de disponibilidad de esta última.

(43) Aunque se reconoce la profesionalidad de los «consejeros» de las empresas de recolocación, y su disponibilidad, así como la utilidad del apoyo psicológico, la valoración positiva del servicio mismo (mejora de técnicas de búsqueda de empleo, ofertas de trabajo, acceso a formaciones...) es mucho más atenuada (con tasas globales de satisfacción entre 18 y 50%, según los ítems); *Les Cellules de Reclassement*, *op. cit.*, 22-23.

conflicto y de urgencia en el cual se redactan y negocian influye en el hecho de que tiene tendencia a centrarse sobre todo en compensaciones económicas⁽⁴⁴⁾. Ahora bien, se muestra evidente, a través de la acción jurisprudencial, una voluntad de garantizar un contenido mínimamente aceptable, y de mejorar la calidad de los planes.

Finalmente, cabe destacar la obligación, en empresas de más de 300 trabajadores, de negociar cada tres años las modalidades de consulta sobre la estrategia de la empresa y sus efectos en el empleo, como la puesta en práctica de una gestión previsional de los empleos y las competencias en el seno de la empresa. Esta obligación refleja un esfuerzo de aproximarse a una gestión más preventiva de las reestructuraciones. Sin embargo, no parece haber disminuido de manera significativa el contexto de conflictividad en el cual se negocian los planes sociales, con la consiguiente merma de soluciones creativas, y el respeto más formal por la empresa de su obligación de recolocación⁽⁴⁵⁾.

2. Alemania

La necesidad del plan social (*Sozialplan*) viene regulada en los artículos 112 y 112a del *Betriebsverfassungsgesetz* (ley de organización de la empresa). Las reestructuraciones en las empresas, entre las cuales se incluye el despido colectivo, se organizan en torno al concepto legal de «cambio (sustancial) de operaciones». Cuando se planifica tal cambio, e incluye despidos, se tiene que consensuar un plan social entre el comité de empresa y el empresario al mismo tiempo que se desarrolle una «conciliación de intereses» (*Interessenausgleich*). La «conciliación de intereses» es un acuerdo que versa sobre elementos como las razones del cambio sustancial, criterios para la selección de los empleados a despedir, medidas de reducción del tiempo de trabajo, creación de una empresa de recolocación⁽⁴⁶⁾... En caso de ausencia de acuerdo entre el empresario y el comité de empresa, se prevé un procedimiento de conciliación, pero no de arbitraje, de tal manera que el primero tiene la última palabra sobre las medidas a tomar. Sin embargo, el empresario tiene la obligación de negociar de manera seria y sólo puede apartarse de la regulación aplicable (indemnización en caso de despido, cambios en los contratos, etc.) por razones imperiosas, a falta de las cuales los trabajadores tienen derecho a compensaciones.

(44) X. «Evaluation des Plans de Sauvegarde de l'Emploi (Abstract)», TMO-Régions, 2007, 3, <<http://es.scribd.com/doc/9086859/TMO-Regions-Evaluation-des-Plans-de-Sauvegarde-de-lEmploi>>.

(45) *Les cellules de reclassement, op. cit.*

(46) Una medida popular en los planes sociales es la creación de «empresas de transferencia» (*Transfergesellschaft*), con gestión independiente de la empresa que lleva a cabo la reestructuración, aunque controlado en parte por ella en colaboración con organismos, públicos o privados, externos. Generalmente, aparece antes del despido mismo, en el marco de reestructuraciones de larga duración. Los trabajadores de la empresa que no han podido ser recolocados o que no pueden aprovecharse de medidas de prejubilación se ven «transferidos» a esta nueva empresa, con contratos de duración determinada, aunque en realidad no hay una prestación efectiva de trabajo, y se quedan con una fracción de su remuneración antigua, generalmente alrededor de 70% (de la cual la mayoría está abonada por el servicio de desempleo), y gozan de servicios de formación, de colocación o de otras medidas para mejorar su empleabilidad. Un estudio de estas *Transfergesellschaften* en Renania del Norte-Westfalia en 2007 ha observado una tasa de recolocación del 57% (con puntas del 80%), con plazos de recolocación de una media de 153 días (fuente: <http://www.metiseurope.eu/allemanne-les-societes-de-transfert-une-2-me-chance-pour-les-salaries-licencies_fr_70_art_28075.html>, última visita 18 de junio de 2012).

El plan social, por su parte, se define como el acuerdo sobre la compensación o limitación de los perjuicios económicos de los trabajadores como consecuencia de las medidas previstas en la «conciliación de intereses». El resultado de dicho proceso es judicializable por los trabajadores de manera individual y, a diferencia de los planes españoles o franceses, tiene un carácter jurídico privado, al otorgársele casi el mismo valor que los acuerdos colectivos. De esta manera, el despido colectivo mismo deja en cierto modo de ser técnicamente una decisión unilateral del empresario, para convertirse, junto con la «conciliación de intereses», en un marco negociado en el cual se producen despidos voluntarios, reduciendo así los riesgos y la complejidad procedimental⁽⁴⁷⁾.

Sin embargo, al contrario de lo que ocurre con la «conciliación de intereses», en caso de desacuerdo entre el empresario y el comité sobre el plan social, y tras el fracaso de la eventual conciliación, se prevé la intervención de un comité de arbitraje, que puede imponer un plan social a las partes.

En materia de conciliación y arbitraje, se tienen en cuenta los siguientes principios, bajo el control del juez (la intervención de este último en caso de acuerdo es excepcional, dado el carácter jurídico privado bilateral del instrumento):

- Se ha de apreciar los perjuicios reales, así como las posibles oportunidades de los afectados en el mercado de empleo.
- Se ha de valorar particularmente las diferentes medidas para la promoción del empleo y lucha contra el desempleo contenidas en el Código Social (las llamadas políticas activas de empleo, en la definición legal de las cuales el concepto de empleabilidad —*Beschäftigungsfähigkeit*— tiene una posición central)⁽⁴⁸⁾.
- El coste total del plan social no puede poner en peligro la continuidad de la empresa o los empleos conservados.

El objeto del acuerdo sobre el cambio de actividades son los cambios y recortes mismos, mientras que el plan social regula las compensaciones y limitaciones de los efectos negativos. El plan prevé entonces la indemnización de los trabajadores despedidos, pero tiene también que contemplar medidas de recolocación y de transición, por referencia a las medidas de promoción de empleo de las administraciones regionales de empleo. También cabe destacar que esta obligación de contemplar lo que podríamos llamar «políticas activas de empleo» introduce una conexión suplementaria entre el contenido del plan social y la administración responsable en materia de empleo, al ser ésta el actor principal en materia de formación, «empresas de transferencia»⁽⁴⁹⁾ y subvención de políticas de reinserción laboral.

Las críticas que se hacen de los planes sociales pueden ser resumidas de la manera siguiente⁽⁵⁰⁾: la adopción de los planes sociales y las «conciliaciones de interés» dependen

(47) «Germany: negotiated restructuring», documento en el marco del MIRE, <<http://www.mire-restructuring.eu/docs/Leaflet%20Germany%20EN.pdf>>, 3 (última visita: 15/06/2012).

(48) Libro III del Código Social (*Sozialgesetzbuch*).

(49) Véase nota 50.

(50) «Germany: negotiated restructuring», documento en el marco del MIRE, <<http://www.mire-restructuring.eu/docs/Leaflet%20Germany%20EN.pdf>>, 3.

de la presencia de un comité de empresa, y sólo es obligatoria para empresas de más de 20 personas. La inexistencia de comité de empresa en muchas empresas y su papel central en el procedimiento hace que la mitad de los trabajadores no se beneficien del procedimiento. A nivel del contenido de los planes, se pone todavía demasiado énfasis en la jubilación anticipada, en vez de recurrir a fórmulas más novedosas. En la práctica, los planes sociales versan todavía demasiado sobre las compensaciones financieras (el objeto inicial de los planes sociales) y las medidas para los empleados que se quedan.

Sin embargo, se ve en la legislación también el desarrollo de criterios e indicaciones en cuanto al contenido de los planes. A este respecto, la referencia, de rango legislativo, a las diferentes medidas previstas en la legislación para la promoción del empleo y lucha contra el desempleo, que han de ser tenidas en cuenta a la hora de la redacción de los planes, ha de ser destacado. También existe un sistema de control de los contenidos, aunque más difuso que el francés: la intervención de comisiones de arbitraje en caso de desacuerdo entre empresa y comité de empresa, junto con su obligación de tomar en cuenta los criterios y las indicaciones contenidos en la legislación.

3. Rasgos destacados de los dos sistemas

De los modelos estudiados destacaríamos lo siguiente: por una parte, el sistema francés demuestra la posibilidad de judicializar el control tanto de la elaboración como del seguimiento del plan; por otra parte, la experiencia alemana refuerza la utilidad de la autoridad laboral en la elaboración de los planes a través del arbitraje obligatorio en caso de desacuerdo. Ambos sistemas coinciden en establecer la recolocación como elemento fundamental de los planes sociales, sin excluir otras medidas que mejoran la empleabilidad de los trabajadores afectados.

IV. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 51 DEL ET Y DEL REGLAMENTO

A pesar de las conclusiones que se obtienen del análisis de los datos de la OCDE señalados anteriormente, el legislador español ha creído necesario reformar tanto las causas de tipo objetivo que afectan al despido colectivo de trabajadores como el procedimiento de regulación de empleo, recogidos en el artículo 51 del ET.

Con respecto al primer aspecto, la Ley 35/2010 redefinió el contenido de las causas económicas, productivas, técnicas y organizativas, y determinó que para alegar estas razones el empresario debía justificar la razonabilidad de la medida extintiva. Ahora bien, la reforma de 2012 suprime la referencia legal a la obligación de probar la razonabilidad de la medida extintiva, aunque, a pesar de la voluntad expresada en el preámbulo de la Ley 3/2012, el juez seguirá habiendo de valorar la causa desde este punto de vista si quiere cumplir con los mandatos constitucionales⁽⁵¹⁾. El nuevo artículo 51 se limita a enunciar que se entiende que concurren causas económicas para el despido colectivo «en casos tales

(51) Ver sobre esta cuestión APARICIO TOVAR, J., «Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa», *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, 160-164.

como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior».

En segundo lugar, el artículo 51 del Estatuto de los trabajadores ha sido profundamente modificado en lo referente al procedimiento a seguir: además de la supresión de la autorización de la autoridad laboral, medida más llamativa introducida por el Real Decreto-ley 3/2012, también se ha modificado la materia sobre la que ha de versar el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Según la reforma de 2010, el período debía «versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, *tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad*, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial». La reforma de 2012 suprime las causas motivadoras del expediente como objeto del período de consultas, ya que éstas sólo se incluirían en una memoria explicativa que acompañaría a la comunicación de la apertura del periodo de consultas, y modifica ligeramente el redactado, a nuestro parecer para cerrar toda obligación de consulta sobre las causas⁽⁵²⁾. El redactado final es el siguiente: «La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad».

Por otro lado, en la reforma de 2012 se incide en la obligación de que «la empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores, deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan, diseñado para un periodo mínimo de 6 meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo». Esta nueva redacción del art. 51.10 del ET de 2012 reemplaza la referencia introducida en 2010 a «un plan de acompañamiento social que contemple las medidas anteriormente señaladas» (segundo párrafo del 51.4 ET, modificado por la Ley 35/2010).

Así pues, parecen establecerse dos cauces en la paliación de los efectos del procedimiento: uno primero, sobre adopción de medidas de acompañamiento sobre las cuales deberá versar el periodo de consultas pero de las cuales no hay obligación de adoptar, y el segundo para procedimientos de despido de 50 o más trabajadores, cuyo plan de recolocación externa sí es obligatorio. En relación a estos últimos, la última reforma pone el énfasis en la recolocación externa de los trabajadores, como mejora simbólica, y en la fijación de un periodo mínimo de 6 meses durante el cual se implementarán las acciones contempla-

(52) Tal exclusión de las causas es la apuesta contraria a la reforma de 2010 y el RD 801/2011, que incluyó entre las medidas del plan de acompañamiento social «*medidas para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial*» (art. 9 RD 801/2011), yendo más allá que el antiguo RD 43/1996, que ya hacía borrosa la distinción entre la memoria explicativa de las causas de los despidos o plan de viabilidad y el plan social; sobre la diferencia entre ambos, ver SERRANO GARCÍA, J.M.ª, *El plan social en los despidos colectivos*, Lex Nova, 2002, 97-100.

das. Así pues, el último redactado suprime la conexión directa entre el contenido del período de consultas y el contenido del plan de recolocación externa obligatorio, definiendo de manera autónoma el contenido del mismo (limitado a la recolocación) y suprimiendo así la referencia general a la reducción y atenuación de las consecuencias del despido colectivo. Por ello, se suprime la obligación para el empresario de adoptar un plan social que vaya más allá de la recolocación, es decir, se suprime toda obligatoriedad en cuanto a medidas alternativas al despido, garantizando así la «soberanía» del empresario respecto a la evaluación de la razonabilidad o idoneidad del mismo.

Sin embargo, en lo referente a ese abanico más amplio de medidas, la STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012⁽⁵³⁾ estima que no hay existencia de período de consultas si el empresario, violando su obligación de negociar de buena fe, se limita a una sola oferta, a aceptar o rechazar, sin voluntad de contemplar o negociar otras medidas, convirtiendo así la consulta en un mero trámite formal. La sentencia, en cambio, no va tan lejos como para definir o imponer unos criterios mínimos, al modo del sistema francés, que tienen que tener las medidas de acompañamiento propuestas. Así, la autotutela y la autonomía del empresario en materia de elección de alternativas al despido, así como de atenuación de sus consecuencias, se ve únicamente matizada por una mera obligación procedimental de buena fe negociada durante el período de consultas en cuanto a un posible plan social, que iría más allá de la recolocación en caso de despido de más de 50 personas.

Se rompe así con el modelo introducido por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, y el RD 43/1996, reforzado por la reforma de 2010, en el cual el empresario tenía una obligación «de medios» de adopción de un plan más amplio, de un conjunto de medidas encaminadas tanto a evitar los despidos como a atenuar sus consecuencias, independientemente de las consultas con los representantes de los trabajadores. Además, el plan de recolocación es obligatorio sólo en caso de despido colectivo de más de 50 personas, cuando el plan de acompañamiento social introducido por la reforma de 2010 era obligatorio para cualquier despido colectivo en empresas de más de 50 personas. Los datos encontrados apuntan a que, para 2011, el plan de recolocación sería obligatorio en menos de 10% de los EREs y beneficiaría al 36% de los trabajadores afectados por un despido colectivo⁽⁵⁴⁾.

La reforma de 2010 dio más visibilidad legal al «plan de acompañamiento social» conectándolo a la mejora de la empleabilidad al mismo tiempo que especificaba de manera explícita las medidas que había de contener, como medidas de recolocación, de formación y de reciclaje, entre otras. BLASCO PELLICER hizo dos críticas sobre esta reforma:⁽⁵⁵⁾ en primer lugar, las medidas señaladas podían ser de difícil aplicación para empresas pequeñas o medianas, ya que necesitan del auxilio de terceros; en segundo lugar, «la debilidad jurídica de esta parte de las consultas y, paralelamente, del plan social en las empresas de más de cincuenta trabajadores apenas se ha corregido». Estas críticas se pueden trasladar sobradamente a la reforma de 2012. Primero, continúa debilitando la consulta al mantener el plazo máximo introducido por la Ley 35/2010 de 30 días a estas (y un máximo de 15 días

(53) Sala de lo Social, Sección 2.ª, Sentencia núm. 415/12, ROJ: STSJ MAD 4176/2012.

(54) Estudio efectuado por la empresa privada de recolocación Lee Hecht Harrison; nota de prensa de 30/05/2012, <http://www.adecco.es/_data/NotasPrensa/pdf/369.pdf> (última visita, 29/08/2012).

(55) BLASCO PELLICER, A., «La reforma de la Extinción del contrato de Trabajo...», *op. cit.*

para pequeñas empresas⁽⁵⁶⁾ y dejando toda libertad al empresario para decidir unilateralmente, al final del período, con la única obligación de negociar de buena fe. Segundo, la desvinculación de las medidas de acompañamiento del plan de recolocación para despidos de más de 50 personas (ya no en empresas de más de 50 personas) restringe todavía más el contenido obligatorio del nuevo «plan social», que se reduce ahora a recolocación y (un poco de) formación.

Lo que precede se ha de ver, además, en la luz de la supresión de la autorización por la autoridad laboral del expediente y la reducción de la intervención de esta a «velar por la efectividad del periodo de consultas». Se ha intentado darle cierto papel al otorgarle la posibilidad de remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que, «en ningún caso, no supondrán la paralización ni la suspensión del procedimiento», a recabar un informe preceptivo de la Inspección de trabajo, o intervenir como mediadora a petición conjunta de las partes, o asistir a cualquiera de las partes, incluso por propia iniciativa. Sin embargo, todas estas formulaciones no imponen ninguna obligación a las diferentes partes (y tampoco a la autoridad laboral), que no tendrán que tener en cuenta las diferentes observaciones y advertencias, más allá que en el contexto de la buena fe negocial⁽⁵⁷⁾.

La disposición final decimonovena de la Ley 3/2012 ordena la adopción de un nuevo Real Decreto de regulación de los despidos colectivos⁽⁵⁸⁾, «con especial atención a los aspectos relativos al periodo de consultas [...] así como los planes de recolocación y las medidas de acompañamiento social asumidas por el empresario». Es significativo remarcar que ya no se habla de empleabilidad, como en la reforma de 2010, lo que confirma la tendencia a imponer la responsabilidad de esta al trabajador (si exceptuamos el nuevo derecho a la formación introducido por la reforma de 2012). Ello se acentúa, pues el proyecto del nuevo RD se centra sobre todo en el plan de recolocación externa, para el cual define, en su artículo 9.3, contenidos mínimos, y no tanto en las «medidas de acompañamiento social», de las cuales no cambia el carácter de mera indicación para un posible contenido de las consultas.

La extensión de la obligación de la empresa se encuentra regulada en el artículo 9 del nuevo proyecto de RD. El plan deberá garantizar a los trabajadores afectados, y sobre todo los de mayor edad: (1) una atención continuada, (2) por un período mínimo de 6 meses y (3) *con vistas* a la realización de las acciones denominadas genéricamente como «recolocación», siendo estas las de intermediación, de identificación del perfil profesional (lo que el proyecto de RD parece equiparar a la orientación profesional), acciones de formación

(56) No se entiende tal limitación en la medida en la que, de todas formas, los despidos sólo podrán tener efecto 30 días después de la comunicación de la apertura del período de consultas. Además, el art. 4.2 de la Directiva 98/59/CE estipula que la autoridad laboral tiene que aprovechar estos 30 días para encontrar soluciones a los despidos colectivos, por lo cual se puede deducir que la limitación del período de consultas a 15 días va en contra del espíritu de la directiva.

(57) CABEZA PEREIRO, J., «La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos», *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, 187-191, habla acertadamente del «papel —mojado— de la autoridad laboral, tras la reforma», y constata el alejamiento de los planteamientos de la reforma de 2012 de los parámetros de la Directiva en materia de intervención de la autoridad pública; ello puede ser contrastado con la obligación, para el empresario francés, de responder de manera motivada a las observaciones de la autoridad laboral.

(58) Ya no se habla de expedientes de regulación de empleo, en contra de la línea eufemística dominante.

dirigidas a la capacitación para las actividades en las posibles empresas destinatarias, y atención personalizada respecto a todos los aspectos de la recolocación, en particular la búsqueda activa de empleo. Todas las medidas incluidas en el plan al principio del período de consultas tendrán que ser «efectivas y adecuadas a su finalidad».

Atendiendo a la nueva configuración del contenido, se puede considerar la definición de un contenido mínimo de la obligación (efectividad y adecuación) como un avance en comparación con la reforma de 2010, que carecía de tales elementos (dejando el objetivo de mejorar la empleabilidad sin más garantías que las pocas que existían antes), pero, por otro lado, no cabe olvidar que se limitan a la recolocación, dejando abandonados otros aspectos importantes de un plan social.

Ahora bien, se debe identificar el alcance de estos criterios mínimos. ¿Qué se entiende por finalidad del plan de recolocación? ¿La recolocación de todos los trabajadores despedidos? ¿Una recolocación de calidad, exceptuando contratos de duración determinada? ¿Y quién define la finalidad del plan? Tal como están redactados los preceptos legales y reglamentarios, la elaboración de los objetivos del plan queda en manos del empresario, cuya decisión se puede ver limitada únicamente por su obligación de buena fe negocial. Una interpretación *de minimis* de la norma podría dejar inoperantes los criterios de efectividad y de adecuación, al asumir como única finalidad obligatoria para el empresario la atención continuada y la duración de 6 meses. Ahora bien, visto el redactado del artículo 9.2 y 3 del Reglamento («con vistas a la realización de **las** acciones a que se refieren los apartados siguientes»; «el plan se referirá, **al menos**, a las siguientes acciones»), se debería inferir que la finalidad del plan es ofrecer a los trabajadores una atención continua que les permita realizar **todas** las acciones contempladas. Sin embargo, queda abierta la cuestión del contenido o de la intensidad de estas acciones, sobre todo teniendo en cuenta que este aspecto depende también de elementos como las cualificaciones y/o la situación personal de cada trabajador.

Y una vez definida la finalidad, ¿cómo se evalúan la efectividad y la adecuación? A este respecto se ha de tener en cuenta que, a nivel de coste de una recolocación mínimamente eficaz, se citan cifras de varios miles de euros por trabajador⁽⁵⁹⁾. En este contexto, ¿cómo se ha de tener en cuenta la situación de la empresa y la disponibilidad de medios económicos para hacer efectivo el plan?

Análogamente a la obligación que asumía la empresa en materia de plan social en el anterior sistema⁽⁶⁰⁾, intuimos que, en materia de plan de recolocación, la empresa sigue

(59) Cabe subrayar la previsión francesa de la posibilidad de destinar hasta 2.000 € por trabajador a través del *Fonds National pour l'Emploi* para los planes de recolocación; desde esta perspectiva, y a modo de ejemplo, sería interesante que se evalúe judicialmente el carácter suficiente o no del plan de recolocación externa adjunto al ERE del Ayuntamiento de Jerez (agosto de 2012), para el cual, según el *Diario de Jerez*, se prevén unos 70.000 € para 300 trabajadores afectados (o unos 230 € por trabajador), fuente: <<http://www.diariodejerez.es/article/jerez/1327206/dopp/consultores/elaborara/plan/recolocacion/externa.html>>; para el plan de recolocación externa del ERE del Instituto Valenciano de la Vivienda, que afecta a 211 personas, se prevén 224.000 € (unos 1.000 € por trabajador); de manera general, el coste de la recolocación externa individual suele girar en torno al 10 o el 20% del salario anual del trabajador (sobre todo aplicable a técnicos y directivos), y según la página web de la Asociación Nacional de Empresas Privadas de Recolocación y Empleo, <<http://www.anepre.es>>, los precios para programas de recolocación colectivos se sitúan entre 3.500 y 5.000 €.

(60) Ver al respecto SERRANO GARCÍA, J.M.^a, *El Plan Social en los Despidos Colectivos*, op. cit., 78-84.

asumiendo una obligación de medios, primero en cuanto a la elaboración del contenido y segundo en cuanto a su ejecución. El empresario solo está obligado a una diligencia normal en la elaboración y ejecución del plan, diligencia que según el art. 1104 del Código Civil habrá de ser examinada también a la luz de las circunstancias, las personas, el tiempo y el lugar⁽⁶¹⁾, por lo cual se tendrían que considerar elementos como las características personales de los trabajadores afectados, la aumentada dificultad de la recolocación debida a la escasez de trabajo, o la situación económica de la empresa.

Ello nos lleva a la cuestión de la sanción del incumplimiento de la obligación. En cuanto a la elaboración del plan, queda por determinar si en ausencia de plan al principio del periodo de consultas, o en caso de plan no ajustado a derecho (insuficiente, inefectivo...), se aplica la sanción de nulidad de los despidos, la improcedencia de los mismos, o sólo se abre derecho a indemnización del trabajador.

El nuevo artículo 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social indica, entre otras causas de nulidad, la ausencia de realización del periodo de consultas, así como el respeto del artículo 51.2 ET. Este artículo no menciona explícitamente el plan de recolocación, pero ateniéndonos a las primeras sentencias de diferentes Tribunales Superiores de Justicia después de la reforma de 2012⁽⁶²⁾, la no presentación del plan podría suponer la nulidad del despido colectivo, al ser contrario a la obligación de realizar las consultas de buena fe, dado que el art. 9.4 del proyecto de reglamento de 2012 prevé que el plan se pueda concretar y ampliar durante el periodo de consultas, lo que implica su obligada comunicación a los trabajadores y la necesidad de su carácter suficiente antes de dicha comunicación. Tampoco se puede olvidar que el art. 3.a) de la Directiva 98/59 CE impone que, para que se pueda realizar el periodo de consultas de manera satisfactoria, el empresario tiene que proporcionar «toda la información pertinente», lo que apuntaría también al plan de recolocación, si es obligatorio, para cumplir con la validez del periodo de consultas. Además de todo ello, una lectura conjunta de los artículos 9.1 y 9.4 del Reglamento lleva a la conclusión de que un plan de recolocación externo que contenga «medidas efectivas adecuadas a su finalidad conforme a lo previsto en los apartados anteriores» tiene que estar incluido *en todo caso* en la documentación que acompaña la comunicación al inicio del procedimiento. Se debería pues aplicar la sanción de la nulidad, no sólo a la ausencia de plan de recolocación externa, sino también a la presentación de un plan suficiente teniendo en cuenta la obligación de medios del empresario, por ser de inclusión obligatoria en el escrito de comunicación, la inobservancia del cual debería ser considerada contraria al artículo 51.2 ET.

En cuanto al cumplimiento del plan decidido o acordado, el artículo 51.10 ET confía a la autoridad laboral «a través del servicio público de empleo competente» el seguimiento del plan de recolocación externa obligatorio, con la posibilidad de requerir a la empresa para que proceda a su cumplimiento. Este control se puede considerar como un avance con la reforma de 2010, que dejaba el seguimiento del plan de acompañamiento social

(61) *Ibidem*, 82.

(62) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, 13/2012, de 23 de mayo, ROJ: STSJ CAT 3378/2012, y STSJ de Madrid, Sala de lo Social, 542/2012, de 11 de julio, ROJ: STSJ MAD 7494/2012.

únicamente en manos de los trabajadores. Sin embargo, la reforma de 2012⁽⁶³⁾ sigue el mismo camino en cuanto a las otras medidas de acompañamiento social que no sean el plan de recolocación externa obligatorio, al prever que «el incumplimiento de la obligación establecida en este apartado o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario, podrá dar lugar a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores». Ahora bien, la falta de cumplimiento del plan (plan de recolocación o medidas de acompañamiento) legitima al trabajador o a los trabajadores a dirigirse a la jurisdicción social, supuestamente a través del proceso ordinario, o, en su caso, de conflicto colectivo, pero queda abierta la pregunta de los remedios que puede aportar la sentencia estimatoria. En este sentido, la doctrina parece considerar que las leyes que regulan el procedimiento laboral contienen los mecanismos suficientes para hacer cumplir la obligación en sus propios términos (multas en caso de obligación de hacer: contratación de la empresa de recolocación, provisión de medios adecuados...; improcedencia del despido si la medida de acompañamiento prevenía su evitación), y que sólo en caso de imposibilidad se tiene que recurrir a un resarcimiento de los daños⁽⁶⁴⁾, en cuyo caso surge el problema de la valoración de los mismos.

Con todo ello, si, por un lado, las reformas 2010 y 2012 clarifican la competencia de la jurisdicción social, aumentando así las garantías de efectividad de los planes propuestos, por otro lado la responsabilidad de su seguimiento, con excepción del plan de recolocación obligatorio, recae únicamente en el trabajador. Así, no sólo se diluye la responsabilidad del empresario en el despido, sino que se pierde también la ocasión de fomentar la creación de estructuras verdaderamente efectivas en cuanto al seguimiento del plan, cuando éste es un elemento clave para la eficacia de los planes, sean sociales o sólo de recolocación, además de facilitar la constitución de datos para el estudio y la elaboración de planes futuros que, en la actualidad, hacen falta de forma sangrante⁽⁶⁵⁾. A este respecto, se debe subrayar la inclusión en la regulación francesa de la obligación de creación de medidas de seguimiento, y el trabajo, aunque todavía insuficiente, que se está haciendo al respecto.

Otra carencia, que va acompañada con la precedente, es la ausencia de competencia explícita de la administración laboral para controlar el contenido del plan⁽⁶⁶⁾, a través de la supresión de la autorización administrativa⁽⁶⁷⁾. Esto se tiene que lamentar, dado que incluso un sistema de control bastante desarrollado como el francés no garantiza automáticamente un alto nivel de eficacia en cuanto a la reconversión y recolocación de los trabajadores. El papel de mediador que puede ejercer la administración no sustituye el papel que podía

(63) Arts. 51.10 ET y 15.3 proyecto de RD de 2012.

(64) SERRANO GARCÍA, J.M.^a, *El Plan Social en los Despidos Colectivos*, op. cit., 443-448.

(65) BRUGGEMEN, F., «Plan sociaux...», op. cit., 230.

(66) La referencia que se acerca más a un control del contenido del plan es la indeterminada prescripción según la cual la resolución de la autoridad laboral (artículos 14 y 15 del RD 801/2011) «determinará la aplicación de las medidas establecidas en el plan de acompañamiento social».

(67) Ahora bien, con la reforma de 2010, la administración tampoco tenía competencia clara al respecto, y sólo podía valorar el contenido del plan de acompañamiento social en tanto en cuanto era un elemento de valoración de la adecuación de las extinciones al logro de los fines del ERE (ver SERRANO GARCÍA, J.M.^a, *El Plan social...*, op. cit., 340-341), sin que se pudiera controlar su carácter adecuado, proporcional o suficiente en comparación con los fines propios del plan, entre los cuales figuraba una cierta empleabilidad.

jugar antes de la reforma de 2012 (aunque limitado en cuanto al control del contenido del plan). Por otro lado, si podría recuperar algo de influencia si, como en Francia, se destinaran fondos públicos importantes para el acompañamiento de reestructuraciones, los hechos nos obligan al pesimismo, y, de todas formas, no pueden sustituir la falta de garantías legales o reglamentarias para el papel necesario que tendrían que desarrollar los poderes públicos en las reestructuraciones, según las diferentes recomendaciones de organismos internacionales y de la UE estudiadas en este artículo.

V. CONCLUSIONES

El contexto económico que vive el Estado español, fuertemente impactado por la crisis y, ahora mismo, sujeto a la deriva de los *Mercados* que especulan con la deuda soberana de los países periféricos de la Unión Europea, exige desesperadamente volver todas las políticas legislativas hacia la justicia social y la corrección de las desigualdades. Si la Ley 35/2010 y la Ley 3/2012 son consecuencia de, como en la exposición de motivos de la primera se dice, un nuevo paradigma de crecimiento económico (la denominada «Estrategia de Economía Sostenible»), no debe pasar desapercibido para el lector que España estaría sumergida en un proceso profundo de «reestructuración» económica, similar a aquella que han pasado otros países que aquí hemos analizado, en nuestro caso mediante la potenciación de sectores económicos competitivos a nivel mundial gracias a su carga de I+D. Para esa transición, las medidas de acompañamiento social (incluyendo el plan de recolocación) no son un instrumento más sino aquel imprescindible para el tránsito de un tipo de mercado de trabajo a otro más competitivo, debiendo ser éste el objeto de su regulación.

Como hemos visto, la reforma de 2010 tenía como objetivo la proyección de la efectividad del plan de acompañamiento social como instrumento de seguridad para el trabajador en contraposición a la flexibilidad empresarial, tanto interna como externa, que se regulaba en la norma⁽⁶⁸⁾. Así, la reforma respondería a la concepción del plan social como «solución colectiva» a los efectos del impacto mediante el mantenimiento de la intervención de la autoridad pública y el plan amplio de medidas de acompañamiento social. Respecto a la autoridad pública, ésta intervenía mediante la autorización administrativa del expediente de regulación de empleo (aunque con escaso poder de control directo sobre los planes sociales) y mediante «la centralidad» de los servicios públicos de empleo en el ámbito de la mediación que, aunque abriéndose a la iniciativa privada, se asegura por cuanto «la exigencia de una autorización administrativa para el desarrollo de su actividad [de las agencias privadas de colocación], por la configuración de las mismas como entidades colaboradoras de dichos servicios públicos cuando suscriban convenios de colaboración con los mismos y, en todo caso, por su sometimiento al control e inspección de éstos»⁽⁶⁹⁾. Por otra parte, la que más ha interesado a este artículo, los planes de acompañamiento social incluían medidas no sólo para los trabajadores afectados por el despido, sino además medidas para evitar o reducir los efectos del expediente sobre el colectivo en su conjunto (recolocación

(68) Véase Disposición Adicional Tercera de la Ley 35/2010.

(69) Preámbulo de la Ley 35/2010.

interna, movilidad geográfica y funcional, etc.) y medidas para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial⁽⁷⁰⁾. Es decir, se integraba la instrumentalización de los procesos de reestructuración desde la lógica de la anticipación al proceso y la prevención que imperan en la normativa comunitaria.

Sin embargo, el modelo de plan social que surge de la reforma de 2012 proviene de una concepción del despido «como cauce para ajustar el volumen de empleo a los cambios técnico-organizativos operados en las empresas»⁽⁷¹⁾. La eficiencia de este proceso se conseguiría, como hemos dicho, eliminando la autorización laboral y restringiendo los «elementos sociales que deben acompañar a estos despidos» a la incentivación de la autonomía colectiva para fijar prioridades de permanencia en la plantilla y la «efectiva obligación empresarial de ofrecer a los trabajadores un plan de recolocación externa»⁽⁷²⁾, no consensuada con los trabajadores, dirigidas exclusivamente a los afectados y ofrecida únicamente a través de empresas de recolocación autorizadas. Consecuencia de estos cambios es la «unilateralidad» empresarial, en primer lugar, por el aislamiento de los poderes públicos del control e intervención en el proceso —e inclusive en la intermediación posterior— y, en segundo lugar, acotamiento de las medidas obligatorias a sólo una parte del colectivo afectado del proceso de reestructuración.

La obligación legal de proponer un plan social, aunque se limite a un plan de recolocación de los trabajadores afectados, así como la clarificación de la garantía de su ejecución que constituye el derecho de los trabajadores a exigirla ante la jurisdicción social, son elementos positivos en cuanto a la vertiente *seguridad* que implica el paradigma europeo de desarrollo de políticas de empleo, y que demasiado a menudo pasa al segundo plano cuando se declara implementar este modelo de flexiguridad.

Según BAYLOS⁽⁷³⁾, si se relaciona el despido con el derecho al trabajo reconocido en la Constitución, y dada la importancia que constituye el trabajo tanto en la vida diaria como condición de ciudadanía, el despido, cualquiera que sea su causa, tiene que ser considerado como un acto de violencia del poder privado empresarial contra el *status* de ciudadanía social. Las consecuencias de este acto de violencia tienen que ser reguladas y limitadas, y la garantía de la empleabilidad adquiere una relevancia importante en este contexto.

Además, teniendo en cuenta lo anterior, y dentro de un contexto caracterizado por el proceso de descontractualización de la relación laboral, en el cual se disminuyen cada vez más las obligaciones del empresario⁽⁷⁴⁾, proceso acentuado por la reforma de 2012, el plan social puede revelarse tanto una herramienta de limitación de las consecuencias lesivas del despido considerado como acto de violencia como una manera de subrayar y reforzar la responsabilidad del empresario en el despido.

En este contexto, y teniendo en cuenta las diferentes recomendaciones estudiadas en este artículo, la regulación del plan social por la Ley 35/2010, y el Real Decreto 801/2011

(70) Artículo 9 RD 801/2011.

(71) Preámbulo de la Ley 3/2012.

(72) *Ibidem*.

(73) BAYLOS, A. y PÉREZ REY, J., *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, 2009.

(74) LÓPEZ LÓPEZ, J., «La regulación del despido en el contexto europeo: sobre el proceso de descontractualización de la relación laboral». *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2007, 63-78.

comportaban algunos avances, pero éstos, o eran claramente insuficientes, o han sido parcialmente anulados por la reforma de 2012, al sustituir la obligación del empresario de incluir medidas de acompañamiento social o alternativas al despido por una «mera» obligación de negociar de buena fe sobre estas medidas (con excepción de la recolocación externa para una reducida parte de los EREs) y suprimir toda intervención obligatoria de la administración. Así se dificulta, no sólo la búsqueda de soluciones creativas a la situación de dificultad que conoce la empresa que impacten menos en la destrucción de empleo, así como una conexión real con las políticas activas de empleo, alejando aún más el modelo español de las diferentes recomendaciones y normas internacionales y europeas en materia de reestructuración de empresas y cambio de modelo productivo, sino también la creación de estructuras verdaderamente efectivas en cuanto a seguimiento de los planes, cuando este aspecto es un elemento clave para la eficacia, no sólo del plan social o de recolocación en cuestión, sino también de planes sociales futuros, a través de su estudio.

En conclusión, el avance que constituye el plan obligatorio de recolocación externa aplicable en parte de los despidos colectivos no esconde la distancia que separa una vez más los objetivos declarados de las reformas de 2010 y 2012 del articulado de los textos legales finalmente aprobados⁽⁷⁵⁾.

(75) Destacamos, entre otros puntos, la contradicción entre la voluntad de fomento de la flexibilidad interna y la supresión de la obligación para el empresario de prever un plan social con alternativas al despido, o la mejora de la empleabilidad y la falta total de obligación concreta en materia de anticipación y formación.

DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y GRUPOS DE EMPRESA: COMPARACIÓN DE SUS RASGOS PRINCIPALES EN ESPAÑA Y EN FRANCIA

HELENA YSÀS MOLINERO

Investigadora Postdoctoral. Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN

Derecho de negociación colectiva y grupos de empresa: comparación de sus rasgos principales en España y en Francia

Existen sustanciales diferencias entre España y Francia en relación con el abordaje de la cuestión de la negociación colectiva de grupo de empresas. De entrada, en Francia la definición de grupo de empresas a efectos laborales viene establecida legalmente desde 2004, mientras que en España tal intervención legislativa no se ha producido y subsiste el criterio jurisprudencial. Más allá de lo anterior, los criterios de identificación de la existencia de un grupo de empresas difieren notablemente entre ambos países. Por otra parte, el legislador francés, a diferencia del español, ha intervenido también para regular algunos aspectos de la negociación colectiva de grupo de empresas como pueden ser la legitimación para negociar, las condiciones de validez de los acuerdos, o la articulación entre el nivel de grupo y otros niveles de negociación, mientras que sólo de forma muy reciente encontramos una primera intervención puntual del legislador español en la materia.

Palabras clave: Negociación colectiva, grupo de empresa, convenio colectivo, representante de los trabajadores.

ABSTRACT

Collective bargaining rights and corporate groups: comparison of its main characteristics in Spain and France

There are important differences between Spain and France in relation with the collective bargaining of the corporate groups. In France, the labour definition of corporate group is set by law since 2004, while in Spain this legislative intervention has not occurred and continues the jurisprudencial criterion. Beyond the above, the criteria for to recognize a corporate group are very different between these countries. Moreover, the french legislator, unlike the spanish, has regulated some aspects of collective bargaining of the corporate groups, as the legitimizing in the bargaining, the conditions of validity of the agreements, or the relationship between the level of group and other levels of bargaining, while only very recently found a first intervention of the spanish legislator in the matter.

Keywords: Collective bargaining, corporate group, collective agreement, employee representative.

Fecha de recepción: 24/5/2012.

Fecha de aceptación: 24/5/2012.

SUMARIO

- I. DOS APROXIMACIONES SEPARADAS A LA DEFINICIÓN DEL GRUPO DE EMPRESAS.
- II. LA NEGOCIACIÓN A NIVEL DE GRUPO: BREVE COMPARACIÓN.

1. Legitimación para negociar.
2. Condiciones de validez.
3. Articulación.

III. CONCLUSIONES COMPARATIVAS.

I. DOS APROXIMACIONES SEPARADAS A LA DEFINICIÓN DEL GRUPO DE EMPRESAS

La realidad actual de las relaciones laborales en el marco de una economía globalizada y de la consolidación de nuevas formas de organización empresarial conduce a la necesidad de ordenar jurídicamente situaciones hasta hace unos años inexistentes o poco desarrolladas y a adaptar las instituciones de Derecho del Trabajo existentes para que puedan seguir cumpliendo sus funciones en este nuevo entorno. Un ejemplo de ello es la ordenación de la negociación colectiva en los grupos de empresas, que es objeto de estudio en la presente comunicación desde una perspectiva panorámica y comparativa de dos países cercanos como son España y Francia pero con importantes diferencias en la materia a múltiples niveles.

Ante la falta de definición legal, en España ha sido la jurisprudencia la que ha ido determinando cuándo nos encontramos ante un grupo de empresas a efectos laborales. Ello, sin embargo, no se ha hecho a través de una definición única, sino a través de la elaboración de una serie de indicios que permiten dibujar una imagen de conjunto de la realidad empresarial que permita, con importantes dosis de flexibilidad, afirmar la existencia o no del grupo. En consecuencia, ninguna de las características señaladas por la jurisprudencia como propias de los grupos de empresas son imprescindibles para afirmar su existencia, ni la misma se puede afirmar invariablemente por la presencia de una única de ellas, sino que son simplemente indicios, que, sumados, deben ser de suficiente entidad para apreciar la existencia de un grupo.

El Tribunal Supremo ha identificado tres elementos que determinan la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales⁽¹⁾: la pluralidad de empresas (tanto personas físicas como jurídicas); la independencia jurídica de las empresas que conforman el grupo, cada una de las cuales tiene personalidad jurídica propia; y la vinculación económica, jurídica y organizativa entre las empresas, ya sea en un plano de igualdad o de subordinación. La doctrina ha hablado de «visión funcional» del grupo de empresas, puesto que a los rasgos básicos anteriormente citados se deben añadir otros elementos en función de la institución jurídico-laboral en relación a la cual deba apreciarse o no la existencia de un grupo de empresas⁽²⁾.

(1) Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V. y ARETA MARTÍNEZ, M.: «El Derecho del Trabajo y los grupos de empresas: inventario», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2004.

(2) Esta visión funcional supone una notable inseguridad jurídica en su vertiente negativa pero también una importante flexibilidad desde el punto de vista positivo. SEMPERE NAVARRO, A.V. y ARETA MARTÍNEZ, M.: *op. cit.*

Volviendo a la construcción jurisprudencial cabe remarcar que el elemento verdaderamente esencial para la determinación de la existencia de un grupo de empresas no es tanto el sujeto sino el objeto de la relación jurídico-laboral; se trata principalmente de la organización y función del conjunto de bienes lo que es relevante jurídicamente, y no tanto la consideración en sí misma de suponer un conjunto de bienes⁽³⁾; es decir, el tercer elemento de los mencionados anteriormente.

En este sentido, para determinar la existencia de un grupo de empresas será determinante la sujeción a un poder de dirección único, la existencia de una dirección y organización unitaria de todas las empresas que componen el grupo; sin embargo, ¿cómo se determina la existencia de una dirección y organización unitarias? La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha sistematizado estableciendo tres criterios: en primer lugar, la prestación de servicios común, indistinta o simultánea por parte de los trabajadores de las empresas del grupo o, lo que es lo mismo, la circulación de trabajadores en el grupo; en segundo lugar, la dominación o control directo o indirecto de una empresa sobre las otras, o control económico-financiero; y, finalmente, la unidad económica, de caja o de patrimonios. Con frecuencia se ha identificado también un cuarto elemento, que sería la utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio de terceros; sin embargo, aunque este cuarto elemento pueda identificarse con frecuencia, el hecho de que se encuentre o no es independiente de la identificación jurídica de un grupo de empresas en muchos ámbitos, entre los que destaca particularmente el objeto de la presente comunicación: la posibilidad de llevar a cabo negociación colectiva a nivel del grupo.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la única definición de grupo de empresas a efectos laborales existente en el ordenamiento jurídico español es la que contiene la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Su artículo 3 define el grupo de empresas como «el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas». Se trata de un concepto muy alejado del elaborado por la jurisprudencia española que, como se ha visto, a efectos laborales prima el criterio de la organización y dirección única sobre el criterio estrictamente económico⁽⁴⁾.

Aunque no hay en la legislación francesa una única definición de grupo de empresas, la normativa laboral establece en qué casos se considerará que existe tal grupo en relación con la obligatoriedad de dotar a esta realidad económica de una representación de los trabajadores. De esta forma, el artículo 2331-1 del Código de Trabajo establece la obligatoriedad de crear un comité de grupo cuando exista una pluralidad de empresas y una de ellas pueda considerarse como empresa dominante. Para ello, ésta deberá ejercer el control

(3) APILLUELO MARTÍN, M.: «Grupo de empresas y Derecho del Trabajo», *Actualidad Laboral* núm. 15 de 1996.

(4) Sin embargo, alguna sentencia ha proclamado que la definición de grupo de empresas contenida en la Ley 10/1997 debe considerarse como la definición iuslaboralista del grupo de empresas. *Vid.* TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: «De un concepto jurisprudencial de grupo de empresas a otro legal, circunscrito a los grupos de empresa por subordinación», *Aranzadi Social*, núm. 11 de 2008 (comentario a la STSJ de Galicia de 3 de junio de 2008). La aceptación de tal concepto de grupos de empresa nos acercaría, como constata la autora, «hacia un concepto de grupo asimilable al del Ccom., patrimonialista, que descarta otro tipo de indicios jurídico-laborales que se relacionan con el ejercicio del poder de dirección y/o con la recepción de los servicios del trabajador», p. 51.

sobre las otras empresas en las condiciones previstas en el Código de Comercio⁽⁵⁾. Pero el Código de Trabajo no se limita a remitirse al Código de Comercio para la determinación de la existencia de un grupo de empresas, que siempre vendrá condicionada por la existencia de una sociedad dominante sobre otras. El Código de Trabajo establece que se considerará también como empresa dominante, a efectos de la constitución de un comité de grupo, una empresa que disponga de un mínimo del 10% del capital de otra, cuando la permanencia y la importancia de las relaciones de estas empresas establezcan la pertenencia de una u otra a un mismo conjunto económico. Por otra parte, se presume la existencia de una influencia dominante cuando una empresa, directa o indirectamente, puede nombrar más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, de dirección o de control de otra empresa; o dispone de la mayoría de los votos atribuidos a las acciones emitidas por otra empresa; o dispone de la mayoría del capital suscrito de otra empresa.

Es preciso tener en cuenta que en derecho francés existe también otra institución jurídica con frecuencia fronteriza con el grupo de empresas: se trata de la unidad económica y social (UES). Su origen es jurisprudencial, aunque con posterioridad el legislador la reconoció —artículo L. 2322-4 del Código de Trabajo—, y el objetivo de su reconocimiento es evitar la fragmentación jurídica de una empresa con la finalidad de evitar la constitución de órganos de representación del personal. De hecho, en términos generales se puede afirmar que la UES solamente se considera a efectos de la representación del personal y ni se utiliza ni se reconoce como nivel de negociación colectiva.

Como se puede fácilmente observar, las diferencias en la conceptualización del grupo de empresas a efectos laborales entre España y Francia son sustanciales, y no sólo porque en Francia la definición del grupo de empresas tenga a día de hoy origen legislativo, mientras que en España no ha habido intervención del legislador en la materia y, en consecuencia, tal determinación viene dada por una construcción estrictamente jurisprudencial, sino que las diferencias radican en la propia concepción de qué es un grupo de empresas: mientras que en Francia rige un criterio esencialmente económico —en consonancia con la Directiva de participación de los trabajadores en grupos de empresas comunitarios—, en España se busca la existencia de una unidad en el aspecto laboral y no tanto mercantil de la empresa.

II. LA NEGOCIACIÓN A NIVEL DE GRUPO: BREVE COMPARACIÓN

La realidad ha determinado que «en la experiencia española se ha tratado de dar cabida a los grupos, de modo principal, a través de un intenso y controvertido proceso de reinterpretación».

(5) Posesión de más del 50% del capital de otra sociedad, posesión directa o indirecta de una fracción del capital que confiera a una sociedad la mayoría de los derechos de voto en la asamblea general de otra, disposición de la mayoría de derechos de voto en una sociedad en virtud de un acuerdo concluido con otros asociados o accionistas, cuando determina, de hecho, a través de los votos de que dispone, las decisiones en las asambleas generales de la sociedad, cuando es asociada o accionaria de una sociedad y dispone del poder de nombrar o de revocar la mayoría de los miembros de los órganos de organización, de dirección o de control de esta sociedad. Por otra parte, se presume que este control se ejerce cuando una sociedad dispone de forma directa o indirecta de una fracción de los derechos de voto superiores al 40% y que ningún otro asociado o accionario no detenta, de forma directa o indirecta, una fracción superior. También el Código de Comercio define lo que debe entenderse por control exclusivo y control conjunto de una sociedad.

tación de las categorías jurídico-laborales tradicionales del empleador (sujeto contractual patrimonialmente responsable) y de la empresa (ámbito de referencia para la formulación y la aplicación de las normas laborales)»⁽⁶⁾.

El artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores regula quiénes son considerados empresarios a efectos laborales⁽⁷⁾; entre ellos no se encuentran los grupos de empresa. La doctrina se ha planteado y ha descartado por múltiples motivos⁽⁸⁾ la posibilidad de considerar los grupos de empresas como supuesto ajustable a la noción de comunidades de bienes al que hace referencia el mencionado precepto. En definitiva, no hay en España una legislación laboral específica relativa a los grupos de empresa; sin embargo, ello no impide que se pueda aplicar el derecho existente a los grupos de empresas en muy distintos ámbitos, entre los que destaca la exigencia de responsabilidades pero entre los que también encontramos la prevención de riesgos laborales, la movilidad de los trabajadores, los cómputos de plantilla y, naturalmente, la negociación colectiva. La doctrina ha afirmado la posibilidad de que se firmen tanto convenios colectivos de grupo como acuerdos colectivos de grupo y también acuerdos marco de grupo.

En cambio, el reconocimiento del grupo de empresas como nivel de negociación no ha sido unánime en Francia: en ocasiones se han valorado los acuerdos de grupo como una suma de acuerdos de empresa concluidos por o en nombre de distintas sociedades del grupo, no constituyendo tales acuerdos una categoría jurídica propia y teniendo naturaleza de acuerdos de empresa. Coexiste con la anterior opinión aquella que considera que los acuerdos de grupo pueden encuadrarse en la familia de los acuerdos de empresa entendidos en sentido amplio, pero sin que el acuerdo de grupo tenga naturaleza jurídica de acuerdo de empresa, puesto que el primero responde a una realidad distinta, que no se corresponde con la suma de las empresas que componen el grupo, sino que se trata de un marco específico, una colectividad de trabajo distinta de cada una de las empresas que lo componen⁽⁹⁾. Parece que en España, en virtud de un muy consolidado principio de libertad de las partes para la determinación del ámbito de aplicación de los convenios, el reconocimiento del convenio o acuerdo de grupo como instrumento diferenciado del convenio o acuerdo de empresa ha encontrado menos resistencias.

A pesar de todo, esto no ha impedido un notable desarrollo en Francia de la negociación colectiva a nivel de grupo de empresas en los últimos años, habiéndose incluso elaborado estudios sobre los contenidos más frecuentes de los acuerdos de grupo⁽¹⁰⁾. Se ha

(6) BAZ RODRÍGUEZ, J.: «Las relaciones...», *op. cit.*, p. 52.

(7) «A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas».

(8) *Vid.* BAZ RODRÍGUEZ, J.: «Las relaciones...», *op. cit.*

(9) *Vid.* COUTOURIER, G.: «Négociation(s) de groupe», en COUTOURIER, G.; FAVENNEC-HÉRY, F.; MAZEAUD, A.; OLIVIER, J.-M. y TEYSSIÉ, B.: *La négociation collective*. Éditions Pantheon-Assas. París, 2004.

(10) *Vid.* GADRAT, M.: «Le contenu des accords de groupe», *Droit Social*, núm. 6, de junio de 2010. A nivel de grupo de empresas las negociaciones versan principalmente sobre dos ámbitos, como son las condiciones de trabajo y las adaptaciones y reestructuraciones, con frecuencia desde una perspectiva anticipatoria, sin olvidar los acuerdos sobre la representación de los trabajadores. Sin embargo, Gadrat, en el estudio que realizó a partir del análisis de sesenta y ocho acuerdos de grupo en Francia, llegó a la conclusión de que la principal finalidad de la negociación de grupo no es

constatado que los ámbitos materiales que se abordan en una negociación de grupo abarcan con frecuencia todos los temas clásicos de negociación, incluidas las materias que se configuran en Francia como de negociación obligatoria en las empresas⁽¹¹⁾.

Los interlocutores sociales habían estado negociando durante largo tiempo a nivel de grupo y en sentencias de la década de los 90 la Cour de Cassation⁽¹²⁾ se pronunció para reconocer validez a tales acuerdos, cualificándolos inicialmente como una suma de acuerdos de empresa⁽¹³⁾.

Sin embargo, más adelante la jurisprudencia de la Cour de Cassation cambió para reconocer el grupo como nivel de negociación. Tiene especial importancia en el país vecino la sentencia Axa France, de 30 de abril de 2003⁽¹⁴⁾. Se trata del primer pronunciamiento judicial que reconoce el grupo de empresas como nivel de negociación, afirmando que la categoría de los acuerdos de grupo se encuentra reconocida en derecho y no se confunde con la categoría de los acuerdos de empresa. Para ello la Cour de Cassation impone dos condiciones: que los temas de negociación sean relativos al interés común del personal del grupo y que la negociación de grupo no sustituya en ningún caso a la negociación de empresa.

La ley núm. 2004-391, de 4 de mayo de 2004, introdujo por primera vez en Francia una cierta regulación de los convenios y acuerdos de grupo de empresa, regulación que se ha considerado que era urgente y que llena un vacío que no podía subsistir durante mucho tiempo⁽¹⁵⁾. Se ha apuntado a que la ausencia de definición jurídica única del grupo, además de su falta de personalidad jurídica que impide considerarlo como un sujeto jurídico de pleno derecho, puede explicar las dificultades del legislador para definir el régimen jurídico de la negociación llevada a cabo a este nivel⁽¹⁶⁾. La mencionada regulación se encuentra actualmente recogida en los artículos L. 2232-30 a L. 2232-35 del Código de Trabajo. Estos preceptos regulan cuestiones como el ámbito de aplicación del convenio o acuerdo, la legitimidad para negociar, los requisitos de validez, sus efectos o su articulación con otros convenios o acuerdos. Se ha criticado al legislador francés la creación de un régimen jurídico para la negociación de grupo lleno de lagunas y zonas de sombra, especialmente

tanto la de regular las relaciones de trabajo —puesto que en general los acuerdos tienen poco contenido novedoso en este sentido: reproducción de disposiciones legales, declaraciones de intenciones y compromisos potestativos— sino más bien el establecimiento de contactos entre la dirección del grupo, las direcciones de las sociedades que forman parte del mismo y las organizaciones sindicales para elaborar una política social común en el grupo pero también para sondear el clima social en las distintas sociedades del grupo, de tal forma que la dirección del grupo pueda tener una información más precisa de la realidad de las empresas que lo conforman. Se trataría de un punto de encuentro, intercambio de información y opiniones y diagnóstico de problemas. A pesar de ello, en materia de contenido, es preciso remarcar que son más frecuentes los acuerdos en materia de participación financiera de los trabajadores o de protección social complementaria que en materia de condiciones de trabajo, puesto que el nivel de empresa se considera con frecuencia más adecuado por su proximidad.

(11) GADRAT, M.: *op. cit.*

(12) En realidad, la jurisprudencia francesa empezó a hablar de grupos de empresa a partir de la década de los años 60.

(13) Especialmente Cass. Soc., de 29 de junio de 1994, sentencia Mutuelles du Mans.

(14) Cass. Soc., de 30 de abril de 2003.

(15) TEYSSIÉ, B.: *Droit du Travail. Relations collectives*. Litec. París, 2009.

(16) GADRAT, M.: *op. cit.*

respecto a las partes negociadoras y a la articulación con otros niveles de negociación⁽¹⁷⁾. Sin embargo, si comparamos la regulación francesa con el estado de la cuestión en España rápidamente percibiremos un considerable mayor desarrollo de la primera frente a la hasta ahora inexistente regulación española.

De hecho, con anterioridad a la aprobación de la ley de 4 de mayo de 2004 se había previsto en Francia de forma muy puntual la negociación a nivel de grupo en dos materias muy concretas⁽¹⁸⁾: formas de participación financiera de los trabajadores y la representación del personal. En cuanto a la primera de las materias, el artículo L. 3344-1 del Código de Trabajo (antiguo artículo L. 444-3) establece que se podrán instaurar en el seno del grupo constituido por empresas jurídicamente independientes pero que tengan establecidas entre ellas vínculos de carácter financiero y económico formas de participación financiera de los trabajadores (*intéressement, participation y plan d'épargne salariale*). En cuanto a la representación del personal, el artículo L. 2333-5 (antiguo artículo L. 439-5) establece que deberá constituirse un comité de grupo cuando se cumplan los requisitos legales para que el grupo sea considerado como tal. Prioritariamente deberá tener la iniciativa la empresa dominante, pero también se contempla el acuerdo entre las partes interesadas —y, en última instancia, una decisión judicial—. A partir de la instauración del comité de grupo (en 1982) se desarrollaron acuerdos que versaban sobre la configuración del órgano de representación del personal y sobre su funcionamiento.

En cuanto al contenido de los acuerdos de grupo de empresas, en primer lugar debe afirmarse que no hay en la norma limitación alguna, por lo que el convenio o acuerdo de empresa puede tratar cualquier materia, incluso si la misma es objeto de tratamiento en un convenio a acuerdo de nivel superior —a continuación se hará referencia a la articulación entre los convenios o acuerdos de grupo y otros niveles de negociación—.

El ámbito de aplicación del acuerdo podrá corresponderse con el conjunto de empresas del grupo o podrá restringirse a una parte de las empresas que lo constituyen. Se deja, en consecuencia, libertad a las partes para definir el ámbito de aplicación de los convenios y acuerdos. En España la inexistencia de un precepto que afirme la posibilidad de que un convenio colectivo tenga como ámbito de aplicación el grupo, como sucede en Francia, no excluye en absoluto dicha posibilidad, y ello como consecuencia de la libertad que el Estatuto de los Trabajadores otorga a las partes en su artículo 83.1⁽¹⁹⁾ para determinar el ámbito de aplicación de los convenios. En virtud de la norma precedente, que consagra la libertad de las partes negociadoras para delimitar el ámbito de aplicación de un convenio se admite también el convenio de subgrupo o de grupo parcial, siempre y cuando esta determinación no sea arbitraria o discriminatoria⁽²⁰⁾.

(17) TEYSSIE, B.: «Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe», *Droit Social*, núm. 6, de junio de 2005, y ANTONMATTEI, P.-H.: «La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe: satisfaction et interrogations», *Droit Social*, núm. 6, de 2004, y «L'accord de groupe», *Droit Social*, núm. 1, de enero de 2008. También GADRAT, M.: *op. cit.*

(18) Dejamos al margen los grupos de dimensión comunitaria y la creación del comité de grupo a nivel europeo.

(19) Artículo 83.1 ET: «Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden».

(20) BAZ RODRÍGUEZ, J.: «Participación...», *op. cit.*

1. Legitimación para negociar

En cuanto a los sujetos legitimados, el Código de Trabajo francés regula qué sujetos podrán negociar un convenio o acuerdo de grupo. Por parte del empresario existen dos posibilidades de negociación: podrá negociar el empleador de la empresa dominante —el o los dirigentes que se encuentran habilitados mediante estatutos para comprometer a la empresa dominante—, pero también podrá hacerlo uno o una pluralidad de representantes de los empleadores de las empresas que entren dentro del campo de aplicación del convenio o acuerdo, representantes que deberán ser designados a tal efecto. En ambos casos el acuerdo de grupo obligará a todas las sociedades empleadoras del grupo, por lo que, en caso de que haya concluido el acuerdo la sociedad dominante, ésta ejercerá un «verdadero poder legal» frente a las otras sociedades, lo que ha sido valorado como una aportación esencial de la ley de 2004⁽²¹⁾.

Por parte sindical negociarán las organizaciones sindicales representativas en el grupo o en el conjunto de empresas afectadas por el ámbito de aplicación del convenio o acuerdo. Debe hacerse notar que sólo podrán negociar representantes sindicales y en ningún caso —a diferencia del ámbito empresarial en que se permite de forma subsidiaria— los representantes legales de los trabajadores. Por otra parte, se aplica el denominado principio de concordancia entre la representatividad exigida y el ámbito de aplicación del acuerdo. La apreciación de la representatividad a nivel del grupo suscita sin ningún género de duda interrogantes de importancia, puesto que se pueden vislumbrar distintas formas de apreciar la representatividad en el ámbito del grupo. La apreciación de la representatividad en el grupo debería verse facilitada mediante la aplicación de los nuevos criterios de determinación de la representatividad —modificación que se produjo en 2008 y que prioriza el criterio de la audiencia—. Sin embargo, la redacción de la norma (tendrán legitimación para negociar «las organizaciones sindicales de trabajadores representativas en el grupo» podría dejar la puerta abierta a interpretaciones que entiendan que no es suficiente cumplir con los requisitos para obtener el reconocimiento de la representatividad en el mencionado ámbito, sino que debe privilegiarse una aproximación más cualitativa según la cual para que un sindicato sea reconocido como representativo en el grupo debe tener un mínimo de presencia en los distintos componentes del mismo y en los distintos sectores en que éste desarrolla actividad. No parece, a pesar de todo, que esta sea la voluntad del legislador. Se apunta también a una tercera posibilidad, consistente en considerar representativo un sindicato cuando lo sea en uno de los componentes del grupo, posibilidad descartable por el hecho de que se reconoce una representatividad que no es real y se rompe el principio de concordancia, puesto que ser representativo en una empresa del grupo no es equivalente a ser representativo en el grupo⁽²²⁾. Parece lógico concluir que todas aquellas organizaciones sindicales que hayan obtenido un 10% de los sufragios emitidos en el conjunto del grupo —y que cumplan además el resto de condiciones para poder ser considerados como representativos⁽²³⁾— deberán ser invitados a la negociación.

(21) COUTOURIER, G.: «Nouveaux contrats: conventions et accords de groupe», en AA.VV.: *Le nouveau droit de la négociation collective*. Éditions Pantheon Assas. París, 2004.

(22) *Vid.*, por ejemplo, COUTOURIER, G.: «Nouveaux contrats...», *op. cit.*

(23) Respeto a los valores republicanos, independencia, transparencia financiera, antigüedad mínima de dos años en el ámbito profesional y geográfico que cubre el nivel de negociación, la influencia y el volumen de

Por otra parte, el Código de Trabajo prevé la posibilidad de que las organizaciones sindicales representativas designen uno o más coordinadores sindicales de grupo escogidos entre los delegados sindicales del mismo, a los que se habilita para negociar y firmar el convenio o el acuerdo de grupo. Si hasta la aprobación de la ley proliferaban los acuerdos que organizaban la representación sindical a efectos de la negociación a nivel del grupo, la ley opta por los coordinadores elegidos necesariamente entre delegados sindicales, aunque deja un cierto margen a los sindicatos estableciendo que tal designación es opcional: «las organizaciones sindicales representativas pueden designar...».

Como cuestión previa al abordaje de la legitimidad para negociar en España debe hacerse referencia a las posibilidades ofrecidas por el ordenamiento jurídico para la representación de los trabajadores en los grupos de empresas —al margen de los grupos comunitarios—. Como es evidente, la ausencia de regulación de los grupos de empresas a nivel jurídico-laboral hasta el momento ha implicado la ausencia de reglas específicas para la representación de los trabajadores a nivel del grupo. Esta ausencia ha sido calificada como «una de las grandes carencias estructurales de todo el modelo normativo vigente de organización de los trabajadores en la empresa»⁽²⁴⁾. A pesar de dicha carencia normativa, en la práctica se han creado órganos de representación a nivel de grupo amparados en la utilización de regulaciones con otras finalidades originarias: se trata de la utilización del comité intercentros o de la figura de las comisiones paritarias de los convenios colectivos como comité de grupo. Se trata en ambos casos de opciones admitidas por la jurisprudencia, en ambos casos siempre y cuando no se elimine la razón de ser, el espacio vital y la funcionalidad de las instancias representativas de centro y de empresa⁽²⁵⁾, pero notablemente insatisfactorias por una larga lista de razones⁽²⁶⁾. Por otra parte, es posible también plantearse la representación sindical a nivel de grupo.

En cuanto a la legitimación para negociar propiamente dicha, hasta la fecha hemos debido atenernos a la doctrina del Tribunal Supremo, que se ha venido a denominar «doctrina de las capacidades cruzadas» o «doctrina del criterio mixto» y que trata de adaptar las normas que el Estatuto de los Trabajadores contiene respecto a la legitimación negocial a la negociación a nivel de grupo de empresas. De esta forma, el Tribunal Supremo ha establecido que por parte de la empresa tendrán legitimación los mismos sujetos que están legitimados para negociar convenios colectivos de empresa conforme al artículo 87.1 y 88.1 del Estatuto de los Trabajadores. Negociará el empresario: o bien la sociedad dominante o bien todas las empresas que componen el grupo; en este punto se plantean un buen número de cuestiones que no es posible abordar en esta comunicación.

afiliados y de cotizaciones. Artículo 2121-1 del Código de Trabajo, modificado por la ley núm. 2008-789, de 20 de agosto.

(24) BAZ RODRÍGUEZ, J.: «Participación y negociación colectiva en las empresas de grupo: balance de situación y cuestiones problemáticas», *Revista de Derecho Social*, núm. 34, de 2006, p. 182. El autor añade que «dicha imprevisión normativa se revela cada vez más incoherente e insostenible, dado que el propio ordenamiento español sí que regula la representación y participación transnacional de los trabajadores en los grupos de empresas de dimensión comunitaria» (p. 182).

(25) BAZ RODRÍGUEZ, J.: «Las relaciones...», *op. cit.*

(26) Sobre la materia extensamente *cfr.* BAZ RODRÍGUEZ, J.: «Las relaciones...», *op. cit.*

En cambio, la legitimación para negociar por parte de los trabajadores se regirá por las normas que determinan los sujetos legitimados para negociar convenios colectivos de ámbito supraempresarial, siendo de aplicación el artículo 87.2 ET, permitiéndose, sin embargo, que en casos de grupos de empresas con estructuras simples rijan las reglas de legitimación para negociar convenios de empresa, especialmente cuando exista un órgano de representación al nivel del grupo. De hecho, desde la doctrina se ha defendido la aplicación, en la medida que sea posible, de los criterios de legitimación negocial del ámbito empresarial también para el banco social, con independencia de la posible intervención también de las representaciones sindicales, particularmente cuando haya dificultades para la aplicación de los criterios anteriores⁽²⁷⁾. Sin embargo, el legislador ha adoptado la doctrina del Tribunal Supremo, incorporando al artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores mediante el RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, la regulación de la legitimación para negociar en el caso de los grupos de empresas, estableciendo que «Cuando se trate de convenios para un grupo de empresas, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado 2 de este artículo para la negociación de los convenios sectoriales». En cuanto a la legitimación por parte empresarial, ésta corresponderá a la representación de dichas empresas.

2. Condiciones de validez

El Código de Trabajo francés equipara los convenios o acuerdos de grupo a los de empresa a efectos de determinar las condiciones de validez de tales acuerdos. La validez de un acuerdo concluido en el seno de todo un grupo de empresas o en una parte del mismo queda subordinada a la firma del acuerdo por parte de una o más organizaciones sindicales representativas que hayan obtenido en las empresas que formarán parte del ámbito de aplicación del acuerdo como mínimo un 30% de los votos emitidos en la primera vuelta de las elecciones a los comités de empresa o a la delegación única de personal o, en su defecto, de los delegados de personal. Ello siempre y cuando no se haya manifestado la oposición de una o más organizaciones sindicales representativas que hubieran obtenido en el mismo ámbito la mayoría de los sufragios emitidos en las mismas elecciones, independientemente del número de votantes. Estas reglas de validez son las mismas que operan para los convenios y acuerdos de empresa: se trata de una suma de las denominadas mayoría de oposición y mayoría de compromiso. Para que un convenio o acuerdo sea válido será necesario no solamente que los sindicatos que sumen la mayoría de los miembros de la representación legal de los trabajadores no se opongan al mismo, sino que adicionalmente deberá conformarse un apoyo al acuerdo que comprenda como mínimo un 30% de los mencionados representantes.

Obviamente nada dice el Estatuto de los Trabajadores respecto a las condiciones de validez del convenio de grupo; sin embargo, ello no debería generar grandes problemas,

(27) Vid. BAZ RODRÍGUEZ, J.: «Participación...», *op. cit.* y APILLUELO MARTÍN, M.: *op. cit.*

teniendo en cuenta que serán de aplicación no sólo las reglas de la legitimidad inicial sino también las de la legitimidad plena.

3. Articulación

El Código de Trabajo francés acoge también un precepto que versa sobre la articulación del convenio o acuerdo de grupo con otros textos convencionales emanados de otros niveles de negociación. En este sentido prescribe la norma que el convenio o acuerdo de grupo no podrá comportar disposiciones derogatorias a otras disposiciones que sean de aplicación en virtud de convenios sectoriales o de acuerdos profesionales a los que se adscriban las empresas o centros de trabajo que pertenezcan al grupo, excepto que una disposición expresa del convenio o acuerdo en cuestión lo permitan de forma expresa.

Se separa en este punto la regulación del nivel negocial de grupo del de empresa, puesto que, en el caso del convenio o acuerdo de empresa, la norma general establece que éste podrá contener disposiciones no sólo distintas sino contrarias a las de un convenio o acuerdo de nivel superior, excepto que éste prohíba la derogación de forma expresa. Incluso desde 2008 y en determinadas materias vinculadas con la ordenación del tiempo de trabajo la preferencia de la regulación a nivel de empresa es absoluta y no podrá impedirse por los convenios de ámbito superior.

Puede parecer en cierta forma paradójico que la regulación de los convenios y acuerdos de grupo con respecto a su articulación con los convenios sectoriales sea diametralmente opuesta a la de los convenios o acuerdos de empresa. Se ha apuntado como explicación el hecho de que en un mismo grupo de empresas pueda convivir la aplicación de distintos convenios sectoriales en razón de las distintas actividades llevadas a cabo por las distintas empresas del grupo. El legislador querría de esta forma garantizar la aplicación de los convenios sectoriales en función de la actividad de la empresa, evitando un desplazamiento indirecto hacia el contenido del convenio sectorial de aplicación en la empresa dominante como consecuencia de la aplicación preferente del convenio de grupo, que, con toda lógica, tomará probablemente como referencia el convenio sectorial de la empresa con más peso en el grupo⁽²⁸⁾. En buena lógica, pues, en caso de que distintas empresas del grupo se adscriban a distintos convenios sectoriales, y en caso de que el convenio o acuerdo de grupo pretenda establecer derogaciones respecto a los anteriores —siempre y cuando éstos lo permitan expresamente— deberán establecerse convenios o acuerdos por fracciones del grupo —un convenio o acuerdo por cada fracción que se adscriba a un convenio sectorial distinto— cuando estos últimos no sean homogéneos respecto a las autorizaciones derogatorias.

A notar también que el Código de Trabajo no recoge la condición impuesta por la sentencia Axa France en cuanto que la negociación a nivel de grupo no puede sustituir a la negociación de empresa, con la finalidad de que la primera no se desarrolle en detrimento de la segunda. De hecho, no hay referencia alguna a la articulación de los convenios y acuerdos de grupo con los de nivel empresarial, sino que más bien parecería que el legislador ha previsto dos espacios de negociación independientes y complementarios, pero tal

(28) Vid. COUTOURIER, G.: «Nouveaux contrats...», *op. cit.*

falta de regulación genera sin duda problemas por la estrecha relación entre ambos, aunque no hay constancia de conflictividad en relación a esta cuestión. Por ejemplo, podemos plantearnos si un convenio o acuerdo de grupo puede contener una disposición contraria a otra contenida en un convenio o acuerdo de una empresa perteneciente al grupo y que sea anterior en el tiempo.

Por otra parte, es preciso subrayar que los convenios o acuerdos de grupo no podrán en ningún caso contener disposiciones contrarias a normas legales excepto en el caso de que éstas lo permitan expresamente; se aprecia en este punto un trato diferenciado respecto a los convenios y acuerdos de empresa.

Como en el resto de materias, en España no existen previsiones legales respecto a la articulación de los convenios colectivos de grupo con otros convenios de ámbito inferior y superior; tampoco la jurisprudencia ha intervenido significativamente en esta cuestión.

III. CONCLUSIONES COMPARATIVAS

Los grupos de empresas son una realidad no nueva pero sí creciente en nuestro entorno, caracterizado por fenómenos interrelacionados como la globalización y la descentralización productiva. La normativa comunitaria se ha ocupado desde hace ya cierto tiempo de los grupos de empresas en algunas de sus vertientes jurídico-laborales. Sin embargo, una vista panorámica a las soluciones dadas en España y en Francia a nivel nacional permite constatar un buen número de disparidades y sin duda se perciben formas bien distintas de tratar esta cuestión.

Una de las principales diferencias radica en el hecho de que en Francia existe desde 2004 una muy esperada regulación —aunque la doctrina gala haya puesto de manifiesto de forma reiterada las lagunas e insuficiencias de la misma— de aspectos esenciales de los grupos de empresa, como la propia definición de grupo a efectos laborales. Y, en cuanto a la materia en que se ha centrado la presente comunicación, esto es, la negociación colectiva a nivel del grupo, se regulan aspectos como el ámbito de aplicación de los convenios y acuerdos, la legitimación para negociar y para concluir o la articulación con otros niveles de negociación. Sin duda, la regulación del Código de Trabajo francés no solventa en absoluto la totalidad de cuestiones suscitadas por la práctica de la negociación colectiva a nivel de grupo, pero es igualmente evidente que tal regulación ha contribuido a clarificar algunas cuestiones de importancia capital, y que sin duda los convenios y acuerdos de grupo se han visto reforzados en Francia gracias a su regulación en el Código de Trabajo, a pesar de sus deficiencias⁽²⁹⁾. Sin embargo, subsisten los problemas de definición de lo que es un grupo de empresas, como consecuencia de la frecuente dificultad en identificar la empresa dominante, a pesar de todos los criterios definidos por el Código de Trabajo y el Código de Comercio. Lo cierto es que el derecho encuentra dificultades en adaptar sus definiciones a la permanentemente cambiante realidad económica y societaria.

(29) Vid. LAGESSE, P.: «Sur les conventions et accords de groupe», en AA.VV.: *Le nouveau droit de la négociation collective*. Éditions Pantheon Assas. París, 2004.

Bien distinta es la situación en España. La absoluta falta de regulación del fenómeno de los grupos de empresa a nivel laboral y, en particular, en relación a la negociación colectiva —hasta la reciente introducción de normas respecto a la legitimidad para negociar— podría llevarnos a pensar que, o bien no existe negociación colectiva a nivel de grupo o bien la misma genera importantes problemas. Y sin embargo ni una cosa ni la otra son ciertas: existe negociación colectiva a nivel de grupo, aunque la misma se empezó a desarrollar más tardíamente que en otros países, y las normas contenidas en el Estatuto de los Trabajadores permiten hacer encajar sin grandes dificultades la negociación de grupo, aunque en algunos casos dichas normas deben forzarse de forma significativa. En cuanto a la identificación del grupo, sin duda la jurisprudencia del Tribunal Supremo requiere una interpretación caso por caso y la interpretación de los indicios no siempre será sencilla; sin embargo, el hecho de que en Francia los criterios de apreciación de la existencia de un grupo estén contenidos en la ley tampoco soluciona tales problemas. Por otra parte, se ha querido destacar que la jurisprudencia española sobre la determinación de la existencia de un grupo de empresas adopta de forma demasiado intensa la óptica del levantamiento del velo para la extensión de responsabilidades, sin haber elaborado una construcción sólida sobre el grupo de empresas como realidad cada vez más frecuente en el contexto económico globalizado y descentralizado presente y de los últimos años⁽³⁰⁾.

Precisamente por ello sería sin duda conveniente que en España se abordara desde un punto de vista legislativo, más allá de la puntual previsión incorporada al Estatuto de los Trabajadores por el RDL 7/2011 respecto a la legitimidad para negociar una regulación más amplia de la negociación colectiva en los grupos de empresas, y que en Francia la regulación ya existente se desarrollara en mayor medida para ir progresivamente solventando los problemas y despejando las incertidumbres que todavía hoy subsisten en materia de negociación colectiva de grupo de empresas.

(30) Vid. BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Comares. Granada, 2002, p. 52. DUEÑAS HERRERO, L.-J.: «El grupo de empresas y la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993», *Relaciones Laborales*, núm. 2, de 1995: el autor recuerda que los grupos de empresas responden básicamente a dos modelos, que son la concentración empresarial y la descentralización productiva.

Revista de Derecho del Trabajo

Justicia Laboral

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. LA LEGISLACIÓN LABORAL COMO COMPETENCIA DEL ESTADO.
 3. DISPOSICIONES LEGISLATIVAS DEL GOBIERNO.
 - A) **Motivación y fundamentación de la regulación mediante RD Ley.**
 - B) **Responsabilidad patrimonial del Estado por aplicación de una norma inconstitucional y nula.**
 4. VIGENCIA DE NORMAS PRECONSTITUCIONALES.
 5. CONVENIOS COLECTIVOS.
 - A) **Concurrencia de convenios.**
 - B) **Preacuerdos colectivos.**
 - C) **Alcance de la cláusula de vinculación a la totalidad.**
 - D) **Integración del convenio en el sistema de fuentes.**
 - E) **Reglas de interpretación de los convenios colectivos.**
 - F) **Convenios extraestatutarios.**
 6. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FUENTE DE DERECHOS Y OBLIGACIONES.
 - A) **Límites: aspectos reservados a la negociación colectiva.**
 - B) **Dolo o abuso de derecho empresarial.**
 - C) **Condición más beneficiosa.**
 7. TRANSICIÓN DE NORMAS.
 - A) **En el ámbito procesal.**
 - B) **Retroactividad de las normas.**
 8. ELECCIÓN DE NORMA APLICABLE: NORMA MÁS FAVORABLE.
 9. JURISPRUDENCIA DEL TJUE: CUESTIÓN DE PROCEDIMIENTO.
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica incluye las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y Juzgados, correspondientes al tercer trimestre de 2012, recogidas en los números 3, 4 y 5 de 2012, de la *Revista Información Laboral* (marginales IL J 216 a 577), que afectan a materias relativas a las fuentes. En algunas de ellas se abordan cuestiones relacionadas con el papel del RD Ley como fuente o con la vigencia de normas preconstitucionales que no han sido expresamente derogadas, pese a haberse aprobado en un contexto radicalmente distinto. Un buen número de sentencias inciden sobre aspectos relacionados con el papel del convenio colectivo, de los preacuerdos a los que pueda llegarse para asumir compromisos que han de verse plasmados en los convenios y sobre otras cuestiones recurrentes como la reglas de interpretación que han de utilizarse al aplicar los convenios o los límites a los que se enfrenta el convenio extraestatutarios en relación con los aplicables al convenio de eficacia general. También el papel de la autonomía de la voluntad y sus límites ha sido objeto de tratamiento en alguna de las sentencias analizadas, así como aspectos relacionados con la determinación de la norma vigente y elección de la norma aplicable en supuestos de cambios normativos.

2. LA LEGISLACIÓN LABORAL COMO COMPETENCIA DEL ESTADO

Una cuestión relativa al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, para la ordenación del régimen de personal al servicio de las distintas Administraciones públicas, es la que se plantea en la **STSJ Madrid 332/2012, de 17 de abril [IL J 577/2012]**. En concreto se discute si el régimen establecido en el convenio colectivo, que se halla prorrogado, puede ser modificado por alguna disposición autonómica o ello no es posible al carece la comunidad autónoma de competencias normativas. Se cuestiona en concreto la disposición final primera de la Ley 6/2011 de la Comunidad de Madrid relativa a la duración de la jornada laboral. Los actores sostienen que es inconstitucional porque el Estado tiene competencias exclusivas en la regulación de la legislación laboral, por lo que siendo la duración de la jornada del personal laboral fijada en la Ley 6/2011 una materia de esta naturaleza, la CM no puede proceder a su regulación.

Sin embargo la sentencia comentada se refuerza en la afirmación de que no todo lo que afecta al régimen del personal laboral de las diversas Administraciones públicas tiene encaje en el título competencial del art. 149.1.17.^a CE. En este caso se propone relacionar esta cuestión con el alcance del art. 149.1.18.^a CE. Una conclusión que se apoya a su vez en las previsiones del EBEP (arts. 41 y 51 ET). En definitiva, según el art. 149.1.18.^a CE el Estado tiene competencia exclusiva para decidir cómo se determina la jornada de los empleados públicos laborales, cosa que ha hecho a través del ET, pero este precepto ya no entra en juego cuando de lo que se trata es de fijar en el caso concreto de cada administración qué jornada han de realizar sus empleados laborales públicos. Difícilmente parece admisible que el Estado tenga que fijar la duración de la jornada de todas y cada una de las administraciones. De hecho la Ley 6/2011 no es la primera norma autonómica que incide sobre el régimen de los trabajadores laborales de la CM.

Se trae a colación la STC 105/2000, según la que es posible que las Comunidades Autónomas regulen la jornada de los empleados públicos adscritos a esa Administración cuando formen parte de su personal, tras haber asumido las correspondientes competencias en la materia.

En definitiva las instrucciones impugnadas, dictadas en aplicación de la Ley cuestionada, suponen unas medidas de política de empleo establecidas en uso de unas facultades normativas similares a otras, que en ocasiones anteriores ya empeoraron las condiciones laborales de los empleados públicos, convalidadas constitucionalmente (sobre esta cuestión SSTs 19 de diciembre de 2011, casación 64/11, y 10 de febrero de 2012, casación 107/11, 31 de enero de 2012, casación 184/10 y 18 de octubre de 2011, casación 61/2011).

Alegan los actores también vulneración del derecho a la negociación colectiva en la medida en que la regulación autonómica afecta a la intangibilidad del convenio colectivo que es elemento o contenido esencial de aquel derecho. Sin embargo, la sentencia recuerda la doctrina de la STC 210/1990 según la cual la intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal no deriva del art. 37 CE, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida. Al contrario, en virtud del principio de jerarquía normativa es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal sino más genéricamente a las normas de mayor rango jerárquico, y no al contrario (en el mismo sentido SSTC 177/1988, 171/1989, 92/1994 y 62/2001). En consecuencia, la regulación de la Ley 6/2011 de la CM no contraviene el derecho fundamental alegado en demanda.

También se rechaza que la modificación operada constituya una modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 ET, puesto que este precepto se refiere sólo a los casos en que la modificación de condiciones laborales se produce por iniciativa unilateral de la empresa por causas determinadas, lo que no ocurre en este caso, en que la modificación es consecuencia de la aplicación de la Ley.

En relación con esta sentencia se formula un voto particular según el que el precepto legal litigioso sí vulneraría el derecho a la negociación colectiva a la vista de que «la mera y sola invocación del principio de jerarquía normativa y, en suma, el sometimiento del convenio colectivo a las normas legales no es suficiente, sin más, para dar respuesta adecuada a la cuestión planteada. Se entiende que en este caso debe tenerse en cuenta que el art. 34.1 ET establece con carácter absolutamente general e incondicionado que la duración del tiempo de trabajo del personal laboral, sin distinción de ninguna clase, será la pactada en los convenios colectivos, sin perjuicio de la posibilidad que asimismo contempla de hacerlo en contrato individual. Por ello la Ley de la CM que, ignorando la fuerza vinculante de las normas paccionadas, modificó unilateralmente la jornada ha vulnerado esa garantía y por ello el derecho a la negociación colectiva así como, por derivación, el derecho de libertad sindical. Se rechaza también que el fundamento constitucional de la regulación de esta materia pueda estar en el art. 149.1.18.^a CE puesto que, aparte de que resulta demasiado forzado privar de carácter de legislación laboral a una previsión legal autonómica dirigida a alterar sustancialmente la duración de la jornada de trabajo convenida en la norma en vigor, el EBEP no permite obtener la conclusión alcanzada.

3. DISPOSICIONES LEGISLATIVAS DEL GOBIERNO

A) Motivación y fundamentación de la regulación mediante RD Ley

El **Auto del Juzgado de lo Social de Madrid de 16 de abril de 2012 [IL J 471/2012]** eleva al TC una cuestión de inconstitucionalidad sobre la reforma laboral al considerar que el RD Ley 3/2012 vulnera el art. 86.1 de la CE en cuanto a la motivación y fundamentación que da a la modificación del régimen jurídico del despido disciplinario. A fin de cuentas la propia afectación de esta materia no deja de ser impropia de una norma de urgencia, no estando en tal caso justificado el desplazamiento de la soberanía legislativa al ejecutivo. Se duda a su vez de que el RD Ley proporcione la necesaria justificación a la medida de urgencia, en la referencia a un tiempo especialmente dilatado en la tramitación, que da lugar al abono de los salarios de tramitación por el Estado, no solo por no guardar relación con necesidades coyunturales sino porque además es un efecto derivado, más que complementario, de la propia supresión del resarcimiento del trabajador de un punto esencial directamente derivado del despido.

El Auto alega también en la vulneración del art. 24.1 CE, en cuanto a la efectividad de la tutela judicial del trabajador frente al despido injustificado, por la transferencia al obligado incumplidor de la opción entre un sistema completo de resarcimiento y otro parcial, y en la restricción del acceso a los tribunales por la inexistencia de compensación completa de los daños y perjuicios ocasionados por la duración del proceso judicial. E invoca una vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) como consecuencia de la diferencia de trato entre trabajadores con derecho a prestaciones por desempleo y los que carecen de él, en caso de improcedencia y opción por la indemnización por el empresario, así como en cuanto a la diferencia de trato entre trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia ante el empresario/cliente en lo relativo al resarcimiento del lucro cesante en caso de reclamación de éste contra un tercero vinculado por contrato no laboral de prestación de servicios, ya que podrá reclamar el lucro cesante derivado de los ingresos perdidos. Finalmente, la cuestión de inconstitucionalidad se apoya también en la posible vulneración del derecho constitucional a la asistencia y prestaciones sociales especialmente en desempleo (art. 41 CE) en relación con el efecto incentivador del desempleo, unido a la supresión de los salarios de trámite a opción del empresario y con la reducción de la extensión de la prestación, debida estrictamente a la voluntad del empresario, en relación con el derecho al trabajo del art. 35 CE.

B) Responsabilidad patrimonial del Estado por aplicación de una norma inconstitucional y nula

La declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del RD Ley 5/2002, de 24 de mayo, por la STC 68/2007, de 28 de marzo, dio lugar a diversas reclamaciones de responsabilidad patrimonial, dirigidas al Estado por personas que se consideraron perjudicadas, al habérseles llegado a aplicar las prescripciones de esa norma que limitaban en algunos casos los salarios de tramitación o excluían, también en algunos casos, la modalidad de pago único de la prestación por desempleo. Varias eran las cuestiones suscitadas al respecto, que habían sido tratadas solo parcialmente en sentencias anteriores: los efectos de las

leyes o normas con rango de ley declaradas inconstitucionales sobre los actos ya consumados; la autoridad de cosa juzgada de las sentencias que habían revisado los actos y los habían declarado conforme a derecho, y si todavía era posible reconocer al poder legislativo exención de responsabilidad por sus actuaciones cuando las propias leyes no reconocieran expresamente esa posibilidad. Sobre estas cuestiones se pronunció la STS (del Pleno de la Sala 3.^a) de 2 de junio de 2010 (recurso de casación 588/2010), cuya doctrina ha sido acogida plenamente por otras más recientes.

De un lado cabe citar las **SSTS de 22 de diciembre de 2011 [IL J 259/2012 y 239/2012]**, que haciendo suya la argumentación utilizada por la Sala en su Sentencia de 2 de junio de 2010, declaró la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por el importe de los salarios de tramitación que el trabajador despedido improcedente, según sentencia judicial, había dejado de percibir por estar vigente en la fecha de su despido el RD Ley 5/2002, de 24 de mayo. Recuérdesse que esta disposición, al modificar el art. 56 del ET, los había suprimido para el supuesto de despido improcedente en que el empresario optaba por la extinción del contrato con abono de una indemnización, y no por la readmisión.

Previamente, la Sentencia de 1 de marzo de 2011 había llegado a idéntica solución respecto de aquellos supuestos en los que los despidos no fueron declarados improcedentes en sentencia judicial, sino reconocidos como tales por el empresario, bien en el acto de conciliación administrativa, bien en el celebrado en presencia del órgano judicial.

La responsabilidad patrimonial del Estado vuelve a ser la cuestión discutida en la **STS de 17 de enero de 2012 [IL J 263/2012]** ante una reclamación por el menoscabo patrimonial derivado de la aplicación al régimen de prestaciones por desempleo en su modalidad específica del pago único, de las previsiones contenidas en el referido RDL 5/2002. En este caso se deniega esta responsabilidad a la vista de que esas previsiones se han mantenido en la Ley 45/2002. La existencia de un precepto que fortalece aquella decisión en su día aplicada (de exigir que no se hubiera cesado previamente en la cooperativa a la que se pretendía acceder) hace que nos encontremos ante un perjuicio o menoscabo que tenga el deber jurídico de soportar el perjudicado, pues «razones de entidad suficiente (las mismas que justifican la inclusión de esa previsión en la Ley) determinan o enervan la regla general de la antijuridicidad del daño».

En definitiva, esta solución implica que en estos supuestos, para determinar si concurre o no responsabilidad patrimonial del Estado, también haya que atender a la norma derogatoria para analizar la antijuridicidad del daño (como ya mantuvieran la STS de 2 de junio de 2010 y la más reciente de 14 de junio de 2011).

4. VIGENCIA DE NORMAS PRECONSTITUCIONALES

La vigencia de la normativa preconstitucional sobre comedores de empresa (Decreto de 8 de junio de 1938 y OM de 30 de junio del mismo año) es uno de los temas que se debaten en la **STS de 26 de diciembre de 2011 [IL J 210/2012]**. La sentencia de suplicación, ahora recurrida en casación para unificación de doctrina, rechazó esa posibilidad al considerar que esas normas habían quedado derogadas por la Constitución, básicamente porque se aprobaron en un contexto que nada tenía que ver con el vigente en el momento de aprobar-

se la Constitución y porque contienen elementos contrarios a las previsiones constitucionales (hacen referencia al sindicato vertical e incorporan una serie de normas que explicitan una discriminación expresa contra la mujer trabajadora por razón de sexo). Sin embargo, la sentencia invocada como de contraste (STSJ de Galicia de 24 de julio de 2006) mantiene la vigencia matizada de estas normas, que subsisten con calidad de normativa residual o supletoria. Considera esta sentencia que continúan subsistentes, aun perviviendo dentro de un conjunto de principios generales muy distinto. Ahora bien, si en convenio colectivo o pacto entre las partes se regula la materia sobre la que inciden (referida a comedores) de manera diferente habrá que estar a lo negociado, apartándose de la normativa reglamentaria de 1938.

Es la doctrina de esta última sentencia la acogida por el TS para el que *la no vulneración de los principios constitucionales de las cuestionadas normas en los concretos extremos que ahora nos afectan (disposición derogatoria punto 3 Constitución), su falta de derogación expresa o tácita por otras normas infraconstitucionales posteriores (art. 2.2 Código civil) y su no sustitución por la posible normativa de desarrollo de la LPL, como posibilita su art. 6, ni por la negociación colectiva (art. 3 ET), obliga a entender que se mantiene su vigencia.*

5. CONVENIOS COLECTIVOS

A) Concurrencia de convenios

La cuestión que se plantea en la **STS de 7 de febrero de 2012 [IL J 278/2012]** es si la existencia de un convenio colectivo propio puede servir a una empresa para autoexcluirse del convenio que por la actividad a la que se dedica le sería de aplicación. De la respuesta que se dé a esta cuestión dependerá que se aplique o no la obligación de subrogación empresarial en caso de sucesión de contratas de limpieza, que el convenio de sector (de limpieza e higienización) de la provincia de Huelva impone, aun cuando en el convenio propio no haya una cláusula de subrogación análoga. La Sentencia de suplicación, recurrida en casación para unificación de doctrina, rechazó esa posibilidad al condenar (por despido improcedente) a la empresa saliente, y no a la nueva adjudicataria del servicio. Sin embargo la sentencia invocada como término de comparación por la empresa recurrente [STS de 21 de octubre de 2010 (rcud. 806/2010)] dio una respuesta positiva (a la aplicación de la cláusula de subrogación) ante un supuesto análogo. El TS estima el recurso de casación y considera que la doctrina correcta es la establecida en esta última sentencia, según la que desvincularse de la imperatividad del convenio colectivo de sector entraría en contradicción con los arts. 82.3 y 84 ET. En definitiva, *ninguna salvedad se incluye que permita a una empresa regida a su vez por otra norma convencional autoexcluirse de la aplicación de los preceptos del convenio de sector cuyo ámbito de aplicación en definitiva no es dispositivo.*

B) Preacuerdos colectivos

La **STS de 9 de noviembre de 2011 [IL J 236/2011]** se pronuncia sobre la eficacia de un preacuerdo alcanzado por los sindicatos y la Administración, con carácter previo a la

redacción del convenio, a la hora de limitar la aplicación del convenio en lo que se refiere a un complemento retributivo de productividad. Según esta sentencia el preacuerdo no es una norma y sólo tendría eficacia en orden a determinar las posiciones de las partes en el proceso negociador. Sus efectos serían en su caso los de un mero antecedente en orden a la interpretación de lo convenido (art. 3.1 Código civil); antecedente que habría que valorar en cada caso.

C) Alcance de la cláusula de vinculación a la totalidad

El tema que centra el conflicto planteado en la **SAN 12/2012, de 2 de febrero [IL J 232/2012]** surge de la literalidad del convenio colectivo aplicable, que dispone expresamente que en el caso de que alguna de sus cláusulas fuera declarada nula o inaplicable el convenio quedará sin efecto, salvo que las partes de común acuerdo decidan su vinculación al resto. Con apoyo en esa previsión expresa, y ante la declaración de nulidad de alguna de las cláusulas convencionales, la empresa demandada procedió unilateralmente a inaplicar el convenio en su totalidad. Esta opción es rechazada por la SAN, que acoge doctrina de la Sala IV TS (sentencia de 30 de mayo de 2011) según la que *interpretar las cláusulas de vinculación a la totalidad de un convenio en un sentido tan literal y extremado... supone abrir un amplio portillo para poder vulnerar el principio de igualdad que en nuestro ordenamiento programa con carácter fundamental y genérico en el art. 9.3 CE y en relación estricta con la negociación colectiva el art. 85. 1 ET*.

Por lo tanto el que el convenio incluya cláusulas de vinculación a la totalidad no impide ni puede impedir las impugnaciones parciales o de preceptos de un convenio colectivo, ni obliga a que las consecuencias de tales impugnaciones tengan que pasar necesariamente por la nulidad del correspondiente convenio. La consecuencia normal será la declaración de nulidad o de la ineficacia del artículo o artículos del convenio objeto de impugnación. Esta solución, desde otro enfoque, ya se había sostenido por el TS (Sala 4.^a) en sentencia de 29 de octubre de 1990, según la que, aun cuando el convenio constituye un todo unitario, ello no significa que por tal causa tenga que aplicarse en su totalidad y que se considere eficaz un precepto del convenio que infrinja la Constitución.

D) Integración del convenio en el sistema de fuentes

Una de las cuestiones que se discuten en la **STSJ de Madrid 907/2011, de 3 de noviembre [IL J 292/2012]** es si la modificación de las condiciones pactadas en convenio colectivo como consecuencia de una nueva normativa legal sirve de justa causa para fundar la resolución del contrato por voluntad del trabajador. La conclusión a la que se llega es que si las modificaciones de las condiciones de trabajo que censuran los recurrentes no fueron adoptadas unilateralmente por el empleador, sino que vinieron impuestas por tan repetidas disposiciones legales, no es posible jurídicamente sostener que la empresa incurrió en los incumplimientos contractuales que los recurrentes le imputan, al tratarse de simples actos aplicativos de los cambios normativos.

Aprovecha la sentencia para recordar (FJ 22) la doctrina de la sala 3.^a del TS sobre la incidencia de las leyes en los acuerdos colectivos alcanzados con anterioridad a su

entrada en vigor (STS de 21 de marzo de 2003), compartida por la jurisprudencia social, que la ha extendido a las relaciones laborales en las Administraciones públicas (STS de 18 de enero de 2000), de manera que «aunque la negociación colectiva descansa y se fundamente en la Constitución, 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. Por todo ello, puede afirmarse que es criterio pacífico y reiterado en la jurisprudencia (por todas STS de 20 de diciembre de 2007) que las normas promulgadas por el Estado, con carácter de derecho necesario, penetran por imperio de la ley en la norma paccionada ya creada.

E) Reglas de interpretación de los convenios colectivos

Los criterios que se han de seguir en la interpretación de los convenios colectivos se abordan en la **STS de 2 de abril de 2012 [IL J 494/2012]**, en la que lo que se discute es la retribución que corresponde a los profesores de la enseñanza concertada que han venido impartiendo clases en una determinada categoría pero tras la entrada en vigor de la LOGSE pasan a impartir docencia también en un nivel inferior. La sentencia recurrida entendió que ha de respetarse la retribución que venían percibiendo antes de asumir docencia en el nivel inferior. La de contraste mantenía que debían percibir la retribución en proporción a las horas realizadas en cada nivel.

El problema surge porque el Convenio aplicable, aunque prevé que las retribuciones de los trabajadores que realicen su trabajo en distintas categorías se fijarán en proporción al número de horas semanales trabajadas en cada nivel, añade que en cualquier caso se respetarán las condiciones económicas del contrato laboral.

El TS desestima el recurso porque no aprecia que la interpretación llevada a cabo por la sentencia recurrida sea contraria a la lógica (entre las últimas, STS de 1 de junio de 2010, rec. 164/09) o no supere un «juicio de razonabilidad» (entre otras STS de 26 de abril de 2007, rec. 62/06), al realizar una aplicación literal del convenio, en concreto de su último inciso, que la lleva a concluir que, al haber sido contratada la trabajadora para ser profesora en un determinado nivel educativo, no procede la minoración de sus retribuciones a raíz de la asignación de horas lectivas en un nivel inferior, atendido el respeto a las condiciones económicas de su contrato que impone el convenio. Se acoge por lo demás la doctrina recogida, entre otras, en la STS de 11 de noviembre de 2010, recurso 239/09, que defiende, en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos, la combinación de las reglas de interpretación de las normas con las de interpretación de los contratos, debiendo atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes (SSTS de 20 de marzo de 1997, rec. 1526/96, de 23 de octubre de 20120, rec. 215/09, de 1 de junio de 2010, rec. 164/09, de 8 de julio de 2010, rec. 125/09, de 23 de julio de 2010, rcud. 4436/09). Sin perjuicio de que esta prevalencia interpretativa decaiga cuando la conclusión a la que lleguen no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de algunas de las normas que regulan la exégesis contractual o no supere «un juicio de razonabilidad».

F) Convenios extraestatutarios

En la **STSJ de Andalucía 517/2012, de 15 de febrero [IL J 547/2012]**, lo que se debate es la posible vulneración del principio de igualdad por parte de un convenio colectivo extraestatutario al establecer una doble escala salarial. La sentencia recurrida había concluido que tal acuerdo colectivo al tener carácter contractual y no normativo admite la diferenciación retributiva siempre que se respeten los mínimos legales y no sea discriminatoria, esto es, no nazca de motivaciones que se puedan incardinar en algunas de las causas de discriminación prohibidas por la constitución o por la ley (arts. 14 y 17 ET). Y este criterio es confirmado por la sentencia comentada al desestimar el recurso, según la que en la medida en que la diferencia salarial no posea significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, ya que como toda medida en que se manifiesten los poderes empresariales, la licitud dependerá de un ejercicio dirigido hacia los fines por los cuales tales poderes se reconocen, y es evidente que el problema se sitúa en un ámbito diferente al del principio de igualdad.

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

A) Límites: aspectos reservados a la negociación colectiva

La cuestión que se debate en la **STS de 25 de enero de 2012 [IL J 270/2012]**, dictada en casación para unificación de doctrina, es la validez de un acuerdo individual entre empresario y trabajador para prorratear el abono de las gratificaciones extraordinarias, pese a que el ET reserva la ordenación de esta cuestión a la negociación colectiva y el convenio aplicable prohíbe expresamente el prorrateo. La sentencia recurrida consideró válido y eficaz el prorrateo, rechazando que su importe pasase a formar parte del salario a efectos de despido. La sentencia de contraste (STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2004), en cambio, entiende, a esos mismos efectos, ineficaz el abono empresarial de las prorratas, considerándolas salario ordinario y computándolas en la forma aceptada por la doctrina del TS (SSTS de 19 de septiembre de 2005 y 7 de noviembre de 2005, rec. 424/04 y 4526/04), esto es, sumando su importe al del salario ordinario y calculando sobre esa suma el módulo regulador de la indemnización.

El TS estima el recurso partiendo de la doctrina jurisprudencial precedente que *ha dejado fuera de las posibilidades de negociación entre empresario y trabajador otra forma distinta del abono... (de las pagas extra) cual ocurre con el prorrateo que en el presente caso el empresario introdujo y el trabajador (al parecer) vino a aceptar tácitamente* (STS de 8 de marzo de 2006, rec. 958/05). Por ello concluye que el acuerdo individual entre empresario y trabajador para prorratear el abono de las pagas extra no parece contar con la necesaria autorización legal para legitimarlo.

B) Dolo o abuso de derecho empresarial

La **STSJ de Asturias 2840/2011, de 11 de noviembre [IL J 322/2012]**, considera que la presunción de validez del consentimiento emitido por la trabajadora al firmar un documento

de finiquito, en el que aceptaba una indemnización por despido improcedente en cuantía inferior a la legal, queda desvirtuada al entender que ha existido dolo o abuso de derecho empresarial, por cuanto a la firma del documento la trabajadora estaba convencida de que la cantidad ofertada por despido era la que legalmente le correspondía, tal y como la empresa le hacía saber. La posición de la trabajadora de desventaja y desigualdad ha quedado acreditada y es la que provocó que firmara por error el documento. Se acoge así doctrina del TS según la que los vicios de voluntad privarían al finiquito del valor extintivo o liberatorio, al igual que ocurrirá en los casos en los que el pacto sea contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros o contenga renuncia genérica y anticipada de derechos contraria a los arts. 3.5 ET y 3 LGSS (STS de 21 de julio de 2009, rec. 1067/08).

C) Condición más beneficiosa

La cuestión que se discute en la **STSJ de Madrid 32/2012, de 23 de enero [IL J 437/2012]**, es el derecho de los trabajadores a seguir percibiendo el denominado «lote de navidad» cuando los trabajadores pasan a forma parte de la UTE adjudicataria de la prestación de servicios a los que habían estado adscritos con anterioridad, vinculados a cuatro de las cinco empresas que integran la UTE. Ya la sentencia de instancia había descartado un supuesto de sucesión de empresas del art. 44 ET. Se parte de la concurrencia en este caso del «modelo de novación contractual» suscrito por los trabajadores, reconociendo «la antigüedad acreditada y los derechos económicos de Seguridad Social que la empresa saliente tenía con los trabajadores hasta el momento de la novación», que dejaría fuera el resto de derechos laborales que los nuevos empleados a su servicio tuvieran con las empresas salientes. De hecho, al no ser de aplicación el art. 44 ET tampoco lo era el convenio de una de las empresas que mantenía la percepción del lote de navidad mientras existiese el convenio colectivo.

Así las cosas, la cuestión se reduce a determinar si la cesta es o no salario y si su disfrute constituye o no una condición más beneficiosa que deba ser respetada por la nueva adjudicataria. Habida cuenta de los términos en que fue concedida la sentencia concluye que no se trata de una condición de tales características que deba ser respetada por la UTE, ni por ello que exista un derecho que haya sido así generado, con independencia de su posible contenido económico. La cesta no es salario al no integrarse en la contraprestación a cargo del empleador por la prestación de servicios. Tampoco puede constituir una condición más beneficiosa al ser una mera liberalidad del empresario, que puede ser suprimida sin tener que cumplir las exigencias que son precisas para el cambio de tales condiciones, aunque su disfrute se viniera repitiendo en el tiempo. Se recuerda aquí la doctrina de la STS de 12 de julio de 2011 (EDJ 198193). Rechazada su consideración de condición más beneficiosa entiende el Tribunal que «no cabe exigir su cumplimiento a la actual empleadora, al no existir derecho previo alguno, al margen de su posible contenido económico, que deba ser mantenido por la nueva empresa».

7. TRANSICIÓN DE NORMAS

A) En el ámbito procesal

En el recurso de casación para unificación de doctrina que desestima la **STS de 8 de febrero de 2012 [IL J 284/2012]**, lo que se plantea es si los tribunales deben aplicar las normas

vigentes en el momento de enjuiciar aunque no lo estuvieran ni en la fecha del hecho causante ni al presentarse la demanda de instancia. En concreto, se refiere a la Ley de 23 de diciembre de 2009, que exime en determinados casos a la persona solicitante de la pensión de viudedad de ser acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de la LGSS. La sentencia recurrida entendió que, aunque en el momento de dictarse la resolución por el INSS y presentarse la demanda no estuviera vigente la citada Ley, la misma ha de ser aplicada por el Tribunal. Sin embargo, para la sentencia de contraste la aplicación de esta Ley exigiría que la actora formulase una nueva reclamación, no procediendo la aplicación de dicha norma por no encontrarse en vigor al tiempo de dictarse las resoluciones del INSS denegatorias de la pensión de viudedad.

La cuestión planteada ya había sido resuelta por la Sala en sentencias anteriores (STS de 18 de enero de 2012, rec. 1609/11, 26 de enero de 2011 y 13 de julio de 2011, rec. 587/09 y 3040/10), según las que *cuando se reúnen los requisitos legales exigibles, el régimen jurídico de la pensión de viudedad establecido por la Ley 26/2009 debe aplicarse también a los asuntos en trámite*. Se rechaza así que deba imponerse al solicitante de la prestación la exigencia de efectuar nueva solicitud, lo que resultaría contrario a la tutela judicial efectiva. En definitiva, los órganos jurisdiccionales deben aplicar a las circunstancias del hecho causante todas las normas legales aplicables en el momento de enjuiciar y dictar la resolución judicial, siempre que con ello no se genere indefensión a ninguna de las partes.

En relación con esta sentencia se formula por uno de los magistrados un voto particular al que se adhiere otro magistrado, según el que el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el derecho a que los órganos jurisdiccionales para «ahorrar tiempo» apliquen de oficio en un recurso extraordinario (como es el de suplicación o casación) las nuevas normas, sin contradicción, ni audiencia de las partes, y sin que esa tutela haya sido reclamada por la parte a quien beneficia. Recuerda además que la aplicación de las normas que han entrado en vigor cuando se está tramitando un recurso extraordinario ya ha sido considerada por la Sala en sentencia del Pleno de 10 de octubre de 2005 (rec. 60/2004) en relación con la Ley 14/2005, que volvió a autorizar las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, en la que se mantenía que *la nueva Ley... no puede afectar a pleitos con juicios ya celebrados y pendientes de resolver en recursos extraordinario*, pues lo contrario supondría una modificación del objeto del proceso. Por ello se concluye que, pese a que algunas sentencias recientes han aplicado de oficio las nuevas normas en esta materia, su criterio debe ser rectificado.

El problema procesal que suscita la posibilidad de aplicar esta nueva normativa de Seguridad Social (disposición transitoria 18.^a LGSS, incorporada por la Ley 26/2010) en un proceso que tiene su origen en un procedimiento administrativo que se inició y resolvió cuando la nueva regulación no existía, vuelve a plantearse en la **STS de 15 de febrero de 2012 [IL J 346/2012]**. En esta ocasión, lo que sostenía el INSS y había aceptado la sentencia recurrida es que no es posible plantear en vía judicial una cuestión (la aplicación de la disposición transitoria 18.^a LGSS) que por razones temporales no pudo ser resuelta en el procedimiento administrativo. Pero para la sentencia comentada este planteamiento incluye varias cuestiones: el alcance de la denominada congruencia entre la vía administra-

tiva previa y el proceso, que se relaciona con el carácter revisor del proceso de Seguridad Social en la medida en que en él se examina un acto administrativo cuyo control acotaría su objeto; la posible existencia de una variación sustancial de la demanda; y la entrada en el recurso extraordinario de una cuestión no debatida en la instancia y, eventualmente, sin su alegación a través del recurso de suplicación.

Respecto de estas cuestiones el TS concluye, en unificación de doctrina, que la aplicación de la disposición transitoria 18.^a de la LGSS no vulnera la denominada congruencia entre la vía previa y el proceso, a la vista de la flexibilidad en la apreciación de esta exigencia que la propia Sala viene defendiendo, en tanto la «vía administrativa» no equivale a una primera instancia. En definitiva, la aplicación de la nueva normativa no implica un cambio ni en el objeto de la pretensión ni en los hechos que la fundamentan. Es una variación, la que se ha producido, ajena a la conducta de las partes, por la entrada en vigor de una nueva norma que podía y debía haber sido apreciada en la sentencia de instancia en virtud del principio *iura novit curia*, ya que la norma entró en vigor antes de dictarse esta resolución. Por razones similares tampoco se excluye la eventual aplicación de la nueva disposición transitoria 18.^a de la LGSS en virtud de la prohibición de variación sustancial de la pretensión formulada en la demanda, porque la aparición de la nueva norma ni modifica el objeto de la pretensión ni altera su fundamento. La nueva norma ni era conocida ni podía ser invocada en ese momento, aparte de que ni siquiera hubiera tenido que serlo de estar vigente, por lo que no puede apreciarse ninguna variación sustancial de la pretensión.

Por todo ello la Sentencia decide la estimación parcial del recurso porque, de acuerdo con el art. 174.2 LGSS, la actora en el momento del hecho causante no tendría derecho a la prestación reclamada (al no tener reconocida pensión compensatoria), pero a partir de la entrada en vigor de la Ley 20/2009 pasa a tenerlo (al haberse producido la separación antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007) como consecuencia de los efectos retroactivos que tiene la dispensa del requisito de tener reconocida pensión compensatoria que se introduce con este cambio normativo.

B) Retroactividad de las normas

La cuestión jurídica debatida en el recurso de casación para unificación de doctrina que estima la **STS de 14 de febrero de 2012 [IL J 285/2012]** consiste en determinar si la relación de un director gerente de un hospital constituye una relación laboral común o una relación laboral especial de alta dirección. El problema se plantea porque la relación laboral se inició en una situación de laguna normativa. En aquel momento ninguna norma con rango de Ley autorizaba la relación laboral especial de alta dirección. Por tal razón la sentencia de suplicación, ahora recurrida, revocando la de instancia, entendió que la relación establecida debía considerarse común. La sentencia de contraste en cambio (STSJ de La Rioja de 14 de noviembre de 2008), aplicando la llamada retroactividad débil, mantuvo que tras la entrada en vigor del EBEP el vacío normativo existente al respecto ha quedado resuelto, lo que permite calificar dicha relación como de alta dirección.

El TS acoge la doctrina defendida por la sentencia de contraste, manteniendo que si bien no cabe atribuir al (art. 13) EBEP una retroactividad plena, no resulta sin embargo improcedente la aplicación de la llamada retroactividad débil, de modo que, desde al me-

nos la entrada en vigor de esa norma, se aplique a la relación enjuiciada la normativa del personal de alta dirección, máxime en este caso, en el que la relación laboral se configuró y formalizó por las partes como de alta dirección, viniendo dicha normativa a confirmar la validez de la misma y determinando que la extinción del contrato de trabajo, producida bajo su vigencia, quede sometida a la regulación que para esa relación laboral especial establece el RD 1382/1985.

8. ELECCIÓN DE NORMA APLICABLE: NORMA MÁS FAVORABLE

Lo que se plantea en la **STSJ de Madrid 901/2011, de 3 de noviembre [IL J 293/2012]**, incide en la aplicación al personal laboral de las normas que se establecen para los funcionarios públicos y por ello en el aparente conflicto de normas, entre el convenio colectivo y el EBEP, que ello produce, pues mientras el primero fija la duración de la situación de reducción de jornada por guarda legal hasta los ocho años del menor a cargo del trabajador, el estatuto básico la fija en los doce años. La contradicción es aparente, pues el precepto del EBEP en cuestión no es de aplicación al personal laboral sino solo al funcionario. De otro lado, esta cuestión ya había sido abordada, como la sentencia advierte, por el TS en sentencias, entre otras, de 8 de junio de 2009 y 19 de mayo de 2009.

En definitiva, se trata de cuestiones sobre las que ya se ha pronunciado la Sala Cuarta del TS a propósito de una previsión análoga como es el permiso de paternidad, también de duración mayor en el EBEP que en el convenio de aplicación. Según el Alto Tribunal las previsiones del EBEP en cuestión son de aplicación directa únicamente a los funcionarios, y en el caso del personal laboral se ha de determinar para que proceda su aplicación que el régimen global de vacaciones, permisos y licencias de esta norma es más favorable que el convenio. Transcribiendo lo recogido en la STS de 19 de mayo de 2009 se concluye que «la explicada concurrencia de normas deber resolverse atendiendo al principio de especialidad y, en su caso, al de norma más favorable».

9. JURISPRUDENCIA DEL TJUE: CUESTIÓN DE PROCEDIMIENTO

El **Auto del TJUE de 9 de febrero de 2012 [IL J 216/2012]**, en respuesta a una petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Valladolid, sostiene que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura como anexo de la Directiva 1999/70/CE relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que reserva, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables.

En este caso el TJUE entendió aplicable el art. 104.3.1 del Reglamento de Procedimiento según el que cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el

Tribunal de Justicia ya ha resuelto o cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, podrá resolver en cualquier momento mediante auto motivado, remitiéndose a la jurisprudencia aplicable. En concreto, procedía esa aplicación a la vista de que, de la información proporcionada por el órgano que planteó la cuestión prejudicial, parecía claro que los complementos formativos que se discutían (que la normativa española reservaba al personal funcionario) tenían la misma consideración de «condiciones de trabajo» que los trienios, de los que el Derecho español en un primer momento también excluyó a quienes no eran funcionarios, y sobre esos complementos ya existe una jurisprudencia que mantiene que los trabajadores de duración determinada no pueden recibir de la normativa un trato menos favorable que los fijos que se encuentren en una situación comparable, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

II. TRABAJADOR

SUMARIO^(*)

1. *PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.*

A) *Presupuestos sustantivos.*

- a) Actividad voluntaria.
- b) Actividad retribuida.
- c) *Actividad dependiente.*
- d) *Actividad por cuenta ajena.*

B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS.

A) Trabajadores a domicilio.

B) Contratos de grupo.

C) Relaciones laborales de carácter especial.

- a) Alta dirección.
- b) Servicio del hogar familiar.
- c) Penados en instituciones penitenciarias.
- d) Deportistas profesionales.
- e) Artistas en espectáculos públicos.
- f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo.
- g) Minusválidos.
- h) Estibadores portuarios.

D) Otros: Abogados en despachos profesionales.

3. *SUPUESTOS EXCLUIDOS.*

A) Relaciones funcionariales y estatutarias.

B) Prestaciones personales obligatorias.

C) *Administradores sociales.*

D) Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad.

E) Trabajos familiares.

(*) 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.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

c) *Actividad dependiente* y d) *Actividad por cuenta ajena*

En las siguientes sentencias se analizan supuestos distintos en los que se debate la naturaleza laboral o no del vínculo que une a las partes. Destaca en ellas la similar aplicación llevada a cabo por los distintos tribunales superiores de justicia de la jurisprudencia de la Sala IV sobre el particular y el modo didáctico en que se comprueba la concurrencia o no de los presupuestos configuradores de la relación laboral.

STSJ de Asturias de 4 de noviembre de 2011 (recurso de suplicación núm. 2288/2011), IL J 302/2012

1. El caso analizado tiene por objeto la calificación como laboral o mercantil de la relación jurídica formalizada entre el actor y la empresa demandada mediante un contrato denominado de comisión mercantil en virtud del cual el demandante podía intervenir en operaciones mercantiles de venta de publicidad por cuenta de la empresa.

De acuerdo con el contrato, el actor asumía el riesgo y ventura de la obligación derivada del mismo y quedaba personalmente obligado a responder del buen fin de su actividad.

En todo caso, las operaciones debían ser aceptadas por la empresa, en cuyo caso el actor percibiría por las órdenes publicitarias un determinado porcentaje de la facturación de la publicidad que emitiera y cobrara la empresa demandada.

Además de lo anterior, el actor percibía una retribución fija mensual en concepto de desplazamiento y representación. Siendo estos los términos del contrato, en la práctica el actor quedó desde un inicio formalmente integrado en el equipo comercial de la empresa demandada, desempeñando funciones idénticas al resto de trabajadores, compartiendo con ellos despacho en las instalaciones de la emisora de la empresa demandada y llegando incluso a aparecer en la revista corporativa como parte del equipo de la demandada. Asimismo, el actor tenía a su disposición, sin restricción alguna, ordenador, teléfono fijo con extensión propia y fax propiedad de la empresa y se desplazaba habitualmente, al carecer de permiso de conducir, en la unidad móvil de la emisora de la empresa demandante.

A mayor abundamiento, el actor realizaba la producción y grabación de muchas de las cuñas publicitarias en las propias instalaciones de la empresa demandada, llegando incluso a poner la voz en algunas de ellas. Por último, cabe destacar del relato de hechos probados de la sentencia comentada que el demandante recibía órdenes expresas del Director de la cadena de la empresa demandada sobre la forma de realizar y emitir las cuñas publicitarias, así como de cobrar las facturas, establecer los objetivos publicitarios y buscar los patrocinios.

Siendo estos los hechos, la empresa demandada decide finalmente rescindir el contrato mercantil, ante lo cual el actor presenta una demanda por despido ante el Juzgado de lo Social por entender que la relación que unía a las partes era en realidad laboral y no mercantil.

2. La sentencia de instancia estimó la demanda interpuesta por el actor, reconociendo la naturaleza laboral del vínculo existente entre las partes y, en consecuencia, la improcedencia del despido implementado por la empresa demandada. Frente a esa sentencia,

la demandada interpuso un recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias (en adelante, «TSJ de Asturias»), el cual mantuvo el criterio sostenido en la instancia en cuanto a la calificación de la relación como laboral con base en los criterios que se exponen a continuación.

En primer lugar, la sentencia del TSJ de Asturias trae a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo al efecto (en sentencias como las de 23 de abril de 1985, 18 de abril y 21 de julio de 1988, 23 de octubre de 1989 y 21 de junio de 1990) dejando constancia de que los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional con independencia de la denominación que le otorguen los intervinientes, de forma que la determinación del carácter laboral o no de la relación no es algo que quede a la libre disposición de las partes, sino que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas.

Partiendo de esa premisa, tras analizar la realidad de los actos realizados en ejecución de las obligaciones contractuales, el TSJ de Asturias concluye que los hechos probados evidencian una relación clara de dependencia del actor con la empresa demandada al darse las siguientes circunstancias:

- (a) La empresa demandada ponía a disposición del actor, sin limitación alguna, una estructura organizada con los medios materiales y humanos precisos para llevar a cabo las funciones comerciales encomendadas, contando el actor con un despacho en las instalaciones de la demandada, con ordenador y teléfono propiedad de la empresa y con una unidad móvil para sus desplazamientos, estando en todo momento integrado en el equipo comercial de la empresa.
- (b) Realizaba la producción y grabación de muchas de las cuñas publicitarias en las propias instalaciones y dependencias de la emisora de la demandada, llegando incluso a poner la voz en algunas de ellas.
- (c) Recibía órdenes expresas por parte del personal de la empresa demandada sobre la manera de realizar la actividad de agencia contratada, habiendo sido el actor incluso reprendido por aspectos relacionados con la prestación de servicios.
- (d) La empresa demandada facilitaba incluso relaciones de clientes a los que proponer ofertas comerciales.
- (e) La empresa pactó, además de las comisiones, una retribución fija mensual a abonar en concepto de desplazamiento y representación.

Todo lo anterior pone de manifiesto según el TSJ de Asturias que el actor carecía de autonomía en la prestación de servicios, quedando su actividad totalmente sometida a los criterios e instrucciones procedentes de la empresa demandada.

3. La sentencia comentada del TSJ de Asturias es a nuestro parecer plenamente ajustada a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha venido configurando las notas características de la relación laboral: ajenidad y dependencia.

De esta forma, del relato fáctico de la sentencia de instancia se deduce meridianamente el carácter laboral de la relación establecida entre las partes. Así, el actor carecía de una estructura organizativa propia y de los medios materiales y humanos necesarios para la prestación de los servicios contratados, siendo todos ellos puestos a disposición del actor por parte de la empresa demandada.

Asimismo, los servicios del demandante se encuadraban dentro de la organización de la empresa demandada, habiendo quedado el actor formalmente integrado en el equipo comercial de la demandada desde el inicio de la prestación de servicios. Prueba de ello es que el actor estaba plenamente sometido a las órdenes e instrucciones del empresario, órdenes que no se limitaban a meras indicaciones técnicas sino que, por el contrario, se referían a la forma de prestar los servicios por parte del actor, constituyendo verdaderas órdenes de trabajo en el sentido del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores; siendo esta la característica esencial a la hora de determinar la existencia de una relación de naturaleza jurídico-laboral. En consecuencia, entendemos que la sentencia analizada sigue la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo y es ajustada a los términos del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, que define el ámbito de aplicación de la normativa laboral.

STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2012 (Rec. de suplicación núm. 4180/2011), IL J 529/2012

1. El actor en la instancia venía prestando sus servicios para las codemandadas, RTVE S.A., RNE S.A., y SME TVE, S.A. Al menos desde 1989, ha suscrito sucesivos contratos, el primero de ellos uno al que las partes denominaron «contrato civil», con la categoría de Guionista, con el objeto de elaborar guiones radiofónicos y que fue prorrogándose hasta el año 1992, fecha en que el actor suscribe un segundo contrato de Duración Determinada, por Obra o Servicio determinado con la categoría de Director, presentador y guionista.

En 2007, RNE y la empresa AMBIGÚ DE LAS ONDAS, S.L., representada por el actor (Gervasio) como Administrador Único, suscriben un contrato que tiene por objeto desarrollar una serie de prestaciones profesionales como la participación como Presentador/Conductor y Director en un programa de RNE, S.A., por el cual «la empresa contratada percibirá por las prestaciones de Gervasio, (...) la cantidad de 84.000 euros más IVA por la totalidad del período temporal en el que se desarrollarán las prestaciones contratadas, lo que supone 7.000 euros más IVA por cada mes contratado».

Además, y sin perjuicio de lo anterior, «durante la vigencia del contrato y de requerirlo así RNE, S.A., Gervasio, seguirá dirigiendo y presentando el programa EL AMBIGÚ, así como diversos programas en RADIO 3 que RNE, S.A. establezca sin coste alguna para la misma».

En 2008 el actor y RNE, S.A., suscriben un nuevo contrato con el objeto de desempeñar el cargo de Asesor de la Dirección de RNE y en consecuencia D. Gervasio fue nombrado Asesor de la Dirección de RNE, con efectos de 2/9/2008, si bien no existe en el Organigrama de RNE la figura de Director Adjunto.

Así pues, el actor ha dirigido y presentado en RADIO 3, el AMBIGÚ, desde 1992, y desde 1997 dirigió el programa denominado «La Madriguera», en RADIO 1. Así mismo, ha simultaneado la actividad en RNE con prestación de servicios para TVE y también ha realizado varias colaboraciones en el diario *El País*.

Con fecha 21/6/2010, el actor ha recibido carta de despido basada en el art. 54.e) del ET, frente a la cual interpuso demanda en reclamación por despido ante el Juzgado de lo Social que en su sentencia estimó la acción subsidiaria de la demanda y declaró improcedente el despido realizado por las codemandadas, declarando que la antigüedad del trabajador en dichos organismos es desde el 3/4/1989.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la demandada. Igualmente interpuso recurso de suplicación el demandante. La sentencia que ahora se comenta resuelve dichos recursos de suplicación.

2. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima el recurso de suplicación interpuesto por RTVE, S.A., y estimando el recurso interpuesto por la parte actora declara que la antigüedad del trabajador es de enero de 1988, manteniendo la declaración de improcedencia del despido.

Reconocida la improcedencia del despido operado, la cuestión litigiosa se centra en determinar el carácter laboral o no de la relación del trabajador con la demandada en los dos periodos que van del 3 de abril de 1989 hasta el 5 de octubre de 1992 y del 31 de diciembre de 2007 hasta el 2 de septiembre de 2008. Analizando el presente supuesto, y partiendo del relato de hechos en la instancia, y de los que con ese carácter constan en su fundamentación, el TSJ constata que en todos los contratos suscritos hasta el 2 de septiembre de 2008 aparecen las notas de ajenidad y dependencia.

Así, en la sentencia se repasan de manera pormenorizada los diversos vínculos contractuales habidos entre las partes atendiendo al real contenido y circunstancias de la prestación de servicios en cada uno de ellos. En el contrato de 1989, al que las partes denominan «civil», se hace constar que el guionista (el actor) cede y transfiere a la demandada, sin reserva de ningún género, la integridad de su aportación objeto del contrato; el contrato suscrito con fecha 5 de octubre de 1992 es un contrato de naturaleza laboral, suscrito para obra o servicio determinado, en el que asimismo consta que el actor cede y trasfiere a la demandada, sin reserva de ningún género, la integridad de su aportación de trabajo para el que es contratado, lo que conduce a concluir que los frutos del trabajo del actor pasaban a formar parte de la esfera patrimonial de la demandada en ambos contratos; en el tercero de los suscritos, en fecha 31 de diciembre de 2007, bajo la apariencia de un arrendamiento de servicios con la empresa «Ambigú de las Ondas, S.L.», cuyo administrador único es el actor, encubre una auténtica relación laboral con la demandada, en la que a través de la figura del empresario interpuesto («Ambigú de las Ondas, S.L.») se canalizan las retribuciones abonadas al trabajador, mediante facturas giradas a la misma.

Por lo que se refiere a la dependencia, en la sentencia se destaca que el actor guionista de programas, en los contratos suscritos, efectuaba su actividad bajo supervisión de la demandada, comprometiéndose a introducir cuantas modificaciones le sugiriera la empresa, estando a disposición de la demandada a fin de desarrollar la prestación profesional como presentador/conductor y director en el programa denominado «La Madriguera», en una clara fiscalización de la actividad desarrollada por el demandante, inmersa en el ámbito de organización y dirección de la empresa a que alude el artículo 1 del ET, proporcionándole los medios para la realización de la actividad contratada, que se efectuaba en las propias dependencias de la demandada.

Por lo que se refiere a la retribución, consta acreditada su percepción mensual y fija por el actor, aunque se efectuase por unidades de obra (guiones y programas grabados) y en ocasiones esta se realizase de forma encubierta a través de la expedición de facturas, que en nada alteran el carácter salarial de la remuneración percibida.

A la vista de lo razonado, y coincidiendo con el criterio de la Juez de instancia, la Sala considera que se dan las notas configuradoras de la existencia de una relación

laboral, con independencia de *nomen iuris* que las partes puedan dar a los contratos suscritos.

Por otra parte, en cuanto al recurso interpuesto por el actor, que sostiene que fue dado de alta por TVE y que nos encontramos ante una única relación de trabajo que se prolonga desde el 12 de enero de 1988 hasta el despido con efectos de 22/07/2010, se analiza si se debe aplicar la teoría de la unidad esencial del vínculo laboral tal y como recoge el Tribunal Supremo al existir una sucesión de contratos temporales sin interrupción entre ellos. La sentencia declara acreditado que el actor presta servicios para la demandada desde el 12/1/1988, continuando la prestación de servicios para la demandada sin solución de continuidad, por lo que la antigüedad a tener en cuenta a los efectos del cálculo de indemnización es la de 12/1/1988.

3. Como hemos advertido, en la resolución de la cuestión que aquí se plantea se invoca jurisprudencia ya consolidada por la Sala IV del Tribunal Supremo. Así señala, entre otras sentencias, las de 19 de junio de 2007 —rec. 4883/2005—, 10 de julio de 2007 —rec. 1412/2006—, 27 de noviembre de 2007 —rec. 2211/06—, 12 de diciembre de 2007 —rec. 2673/06—, 12 de febrero de 2008 —rec. 5018/05— y 27 de noviembre de 2008 —rec. 3599/06—, reproduciendo literalmente el contenido:

«... Ha de partirse de la base de que la naturaleza jurídica de las instituciones viene determinada por la realidad del contenido que manifiesta su ejecución, que debe prevalecer sobre el *nomen iuris* que errónea o interesadamente puedan darle las partes, porque “los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo».

En este sentido, la doctrina jurisprudencial ha establecido una serie de criterios aplicables que merece la pena recordar aquí:

«Porque ciertamente la dependencia —entendida como situación del trabajador sujeto, aún en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa—, y la ajeneidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato.

Tanto la dependencia como la ajeneidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación. De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra. Estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales.

Los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario. También se utilizan como hechos indiciarios de

dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo (STS 23/10/89), la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad (SSTS 08/10/92 —rcud 2754/91—; y 22/04/96 —rcud 2613/95—); y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. Por su parte, los indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados (STS 31/03/97 —rcud 3555/96—); la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, [...] el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS 20/09/95 —rcud 1463/94—); y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones (STS 23/10/89)».

STSJ de Castilla y León de 18 de enero de 2012, IL J 176/2012 (Recurso de Suplicación núm. 774/2011)

1. El Arzobispado de Burgos dispone de un taller en el que distintos profesionales se encargan de la restauración de las imágenes, pinturas y otros objetos propiedad del propio Arzobispado.

El taller está dirigido por un encargado que distribuye el trabajo entre el personal del taller y que es el último responsable a la hora de elegir el mejor tratamiento para cada obra. La dirección del taller fija los horarios de trabajo y el calendario de vacaciones, aunque éstas no se les remuneran a los trabajadores.

En las tareas de restauración, los trabajadores del taller utilizan las herramientas y materiales facilitados por el Arzobispado a través de la dirección del taller. Por su trabajo se les retribuye utilizando el parámetro de hora trabajada. En los casos en los que es necesario que el restaurador se desplace hasta el lugar en el que se encuentre la obra se le abona además un complemento.

Los trabajadores están vinculados al taller mediante la firma de diversos contratos de arrendamiento de servicios. Los trabajadores emiten facturas, normalmente con periodicidad mensual.

Ante la situación descrita, la Inspección de Trabajo levantó actas de infracción y liquidación de cuotas del Régimen General de la Seguridad Social. La Inspección entendía que existía una relación laboral entre trabajadores y Arzobispado susceptible de cotizar en el Régimen General de la Seguridad Social.

2. El Arzobispado recurre a la jurisdicción social para que declare la inexistencia de una relación laboral de los trabajadores que prestan sus servicios en el taller de restauración. No obstante, el Juzgado de lo Social desestima su pretensión y ratifica la laboralidad del vínculo entre Arzobispado y trabajadores.

El Arzobispado interpone recurso de suplicación frente al pronunciamiento del Juzgado de lo Social alegando la incompetencia de la jurisdicción social y la indefensión por insuficiencia de hechos probados.

En primer lugar, el Tribunal declara su competencia para conocer de la existencia o no de una relación laboral, que es lo discutido en el recurso, independientemente de que para

la impugnación del acta de liquidación, así como del acta de infracción, el orden competente sería el contencioso-administrativo. Al no ser objeto de controversia en este proceso el contenido de dichas actas el orden competente es la jurisdicción social.

En segundo lugar, el recurrente mantiene que el pronunciamiento del juez *a quo* le ha producido indefensión. El segundo motivo de impugnación tampoco puede ser acogido por el Tribunal, pues el relato fáctico de la sentencia es lo suficientemente detallado como para permitir a las partes que puedan conocer los hechos que se les imputan e impugnar, si así lo estiman necesario, los hechos declarados probados.

En último lugar, el Arzobispado sostiene que la relación que mantiene con los trabajadores del taller de restauración es una relación no laboral. Relación sustentada en contratos de naturaleza civil que las partes libremente suscribieron.

No obstante, dicho argumento tampoco puede ser compartido por la sala, pues el Arzobispado no consigue desvirtuar la presunción de certeza que tienen las actas de la inspección de trabajo. Tampoco consigue aportar argumentos jurídicos suficientes para acabar con la presunción de laboralidad del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores.

Respecto de las actas de la inspección, recuerda el Tribunal *ad quem* que, a falta de prueba en contrario, deben tenerse por ciertas las manifestaciones recogidas por el inspector que se deriven de su observación directa, incluso aquellos que se aprecien a partir de pruebas consignadas en la propia acta o extraídos a partir de declaraciones. Por tanto, sin que el Arzobispado haya aportado las pruebas en contrario suficientes para romper con la presunción debemos tener por ciertos los hechos consignados en las actas de la inspección.

Los hechos son claros. El Arzobispado, que es el titular del taller, suscribe ficticios contratos de arrendamientos de servicios con los trabajadores. La dirección del taller es la encargada de fijar los horarios, los métodos de trabajo, de repartir las tareas y de proporcionar los materiales necesarios para el trabajo a desarrollar. Queda acreditado que es el propio taller el que incorpora directamente los frutos del trabajo. Por sus servicios los trabajadores son remunerados de forma periódica.

Los hechos describen una relación laboral que debe y es declarada como tal por el Tribunal al cumplir con los requisitos marcados por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Además, la existencia de la relación laboral se refuerza con la presunción del artículo 8.1 del Estatuto.

3. Es habitual en los procesos que deben dirimir el carácter laboral o no de una relación que uno de los motivos alegados de forma insistente sea que la relación laboral no es tal, pues las partes pactaron mantener una relación mercantil o civil, según el caso.

Reiterada jurisprudencia ha señalado, sin ningún género de dudas, que el carácter de la relación que vincula a las partes no depende de la libre decisión de las mismas. La naturaleza laboral no depende ni de cómo denominen las partes a su relación, ni de los contratos que suscriban, ni de resoluciones o actuaciones administrativas. La relación será o no laboral si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Para aquellos casos en los que los hechos presenten alguna duda para poder inferir que existe una relación laboral entre las partes el artículo 8 del Estatuto establece una presunción de laboralidad.

En el contexto enunciado se debe compartir la solución alcanzada por el Tribunal. El relato fáctico declarado probado en la sentencia muestra que los trabajadores desarrollan su actividad dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa. Es la empresa la que decide qué encargos realizar, cómo realizar las labores de restauración, los horarios de trabajo, así como los periodos de vacaciones.

Además, los trabajadores reciben una retribución independientemente de los resultados del taller de restauración, la empresa aporta los materiales que se usan en la restauración, asume los costes derivados de su actividad, etc.

En conclusión, se identifican las notas de ajenidad y dependencia necesarias para poder declarar la laboralidad de la relación.

Para finalizar, a pesar de que los trabajadores tenían cierto margen de actuación a la hora de desarrollar su trabajo, ello no rompe con la ajenidad y dependencia característica de las relaciones laborales. Debe tenerse en cuenta que en la actualidad las notas de ajenidad y dependencia se identifican de forma flexible. De tal suerte que, en trabajos de cierta cualificación, como puede ser el que nos ocupa, es admisible que el empleador deje cierta libertad de actuación al trabajador que hará más difícil de reconocer las notas nucleares de la relación laboral. Mas no por ello dejarán de ser laborales. Ello es lógico en relaciones donde el empleador contrata al trabajador precisamente por sus conocimientos cualificados.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

C) Administradores sociales

STSJ de Madrid de 16 de enero de 2012 (Recurso de Suplicación núm. 3162/2011), IL J 416/2012

1. El actor L. inició, el 10 de junio de 1998, una relación laboral con las empresas code-mandadas, A, B y C, dedicadas a la actividad de fabricación, comercialización y distribución de productos de calefacción, refrigeración y aire acondicionado, en virtud de contrato de trabajo de alta dirección, sujeto al Real Decreto 1382/1985, con salario en dinero y en especie. En diciembre de 2009 la empresa A desistió de la relación laboral, lo que fue rehusado por el trabajador, quien demandó seguidamente ante el orden social.

En la sentencia de instancia queda probado que el actor vino representando a la sociedad A como Secretario del Consejo de Administración de la misma y, posteriormente, desempeñó el cargo de Consejero, celebrando en nombre de aquella importantes contratos, sin que conste que fuera necesario para ello autorización alguna que, en todo caso, no se solicitó nunca.

En el organigrama de la sociedad figura PM en la cúspide del Grupo, en calidad de Managing Director (sociedad B), seguido del actor, aunque solo para España (sociedad A), careciendo en este país de cualquier superior jerárquico del que recibiera órdenes acerca de su actividad.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de los de Madrid estimó parcialmente la demanda de despido del actor, condenando solidariamente a las tres sociedades A, B y C

codemandadas a abonar al actor una cantidad en concepto de indemnización y preaviso por desistimiento de la relación especial de alta dirección, pero desestimó contrariamente la pretensión actora de que se calificase la relación como ordinaria en cuanto a la calificación del cese como despido improcedente.

Recurrida la sentencia en suplicación, la Sala desestimó un considerable número de motivos basados en la revisión de los hechos declarados probados —por considerarlos carentes de base documental suficiente y/o resultar irrelevantes para el fallo—, resolviendo por tanto únicamente las cuestiones jurídicas planteadas.

Pero la Sala apreció la posibilidad de declarar la falta de jurisdicción por la condición del demandante de miembro del consejo de administración y realización de funciones inherentes a dicha condición, dando audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, el cual emitió informe en el sentido de que debía apreciarse de oficio la excepción.

2. Argumenta la Sala de suplicación, ampliamente, que la jurisprudencia ha reconocido la compatibilidad de una relación laboral común con la condición de socio en una empresa que adopta la forma de sociedad mercantil de capital, siempre que la participación no llegue al 50% del capital social (sentencias del TS de 14 de junio de 1994, 19 de octubre de 1994, 14 de abril de 1997, 11 de noviembre de 1997, 12 de marzo de 1998, 5, 14 y 20 de octubre de 1998, 30 de mayo de 2000, 3 de abril de 2001), cuestión que no tiene repercusión en este litigio. Asimismo se ha declarado que cabe la acumulación de la condición de integrante del órgano de administración de la sociedad con una relación laboral común, pero no con la especial de alta dirección, puesto que la jurisprudencia aludida ha declarado, asimismo, que las relaciones de administración social y de alta dirección son incompatibles, prevaleciendo en tal caso la calificación mercantil de conformidad con una reiterada doctrina (sentencias de 29 de septiembre de 1988, 21 de enero de 1991, 18 de marzo de 1991, 29 de abril de 1991, 9 de mayo de 1991, 3 de junio de 1991, 27 de enero de 1992, 22 de diciembre de 1994, 16 de junio de 1998 y 20 de noviembre de 2002). Doctrina que no ha quedado afectada por la sentencia de 26 de febrero de 2003, al tratarse de una resolución que no decide sobre la cuestión ni crea doctrina unificada, al desestimar el recurso por razones procesales.

Por tanto, no puede dejarse de tener en cuenta que las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son las actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, cualquiera que sea la forma que éstos revistan, bien se trate de Consejo de Administración, bien de Administrador único, bien de cualquier otra forma admitida por la Ley; y así, en el ámbito de la sociedad anónima, los órganos de esta clase tienen precisamente como función o misión esencial y característica la realización de esas actividades, las cuales están residenciadas fundamentalmente en tales órganos, constituyendo su competencia particular y propia. Por ello es equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que estos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía. De manera que todas esas actuaciones comportan «la realización de cometidos inherentes» a la condición de administradores de la sociedad, y encajan plenamente en el «desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad», y de ahí que se incardinan en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los

Trabajadores. Por ello en este precepto tienen cabida tanto los consejeros «pasivos» o meramente consultivos como los que asumen la gestión efectiva de la sociedad, como administrador único o mediante delegación del propio órgano (consejero delegado, consejero miembro de comisión ejecutiva), pero también en el más infrecuente supuesto de apoderamientos del órgano de administración a sus propios integrantes (supuesto admitido por la sentencia de la Sala 1.^a del TS de 19 de febrero de 1997, pues no hay norma imperativa que impida que el apoderado sea miembro del consejo de administración). En este caso no hay obstáculo legal a que las tareas ejecutivas y de gestión de la sociedad se encomienden a los consejeros por áreas o por grupos de materias, según los diversos apoderamientos conferidos.

En los supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral no es el contenido de las funciones sino la naturaleza del vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral. En consecuencia, no hay relación laboral en el desempeño de funciones de mero asesoramiento o consejo, ni tampoco en las ejecutivas —coincidentes con las que puede desempeñar un trabajador de alta dirección, pues no hay distinción posible en nuestro ordenamiento— que desarrollen los administradores de las sociedades de capital. Ello determina la incompetencia de la jurisdicción social si es la única relación a analizar, o bien la exclusión del período de administración social a efectos de la indemnización por despido, si en la fecha del despido está vigente una relación laboral por distinto vínculo (supuesto enjuiciado por la sentencia del TS de fecha 20 de noviembre de 2002).

Como se ha dicho anteriormente, sí se ha reconocido en la jurisprudencia citada la compatibilidad entre la vinculación orgánica por pertenencia a los órganos de administración, o la societaria hasta el 50% del capital social, con una relación laboral cuya realidad e identidad propias se demuestren en juicio, por ser independiente esta relación de la vinculación orgánica. Así lo reitera la STS de 20 de noviembre de 2002 ya citada cuando declara que «... sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral». Nuevamente se reitera y recapitula esta jurisprudencia en la STS de 9 de diciembre de 2009, en los siguientes términos: «la sentencia recurrida ha considerado que este orden social es el competente para resolver, porque el actor, pese a su nombramiento como consejero, “no ha dejado de desempeñar las labores propias del cargo para el que fue contratado como director general”, con lo que en definitiva, viene a sostener la compatibilidad entre el cargo societario y el laboral de alta dirección, con apoyo en la sentencia de esta Sala de 26-2-03 (rcud. 2401/2002). Hay que decir, no obstante que dicha sentencia se dictó en un proceso de seguridad social y con ella se inadmitió el recurso por falta de contradicción, por lo que las consideraciones que se hicieron en ella no constituyen doctrina unificada de la Sala, como advirtió expresamente nuestra posterior sentencia de 17-7-2003 (rcud. 4118/2002) y que solo es posible establecer en sentencias que entran a resolver el fondo de la cuestión.

Debemos pues reiterar la doctrina unificada al respecto. Como recuerda la sentencia de 22-12-94 (rec. 2889/1993), al interpretar el art. 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores ... “hay que tener en cuenta que las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son las actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, cualquiera que sea la forma que éstos revistan, bien se trate de Consejo de Administración, bien de Administrador único, bien de cualquier otra forma admitida por la ley (...). Por ello es equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía. Por consiguiente, todas estas actuaciones comportan ‘la realización de cometidos inherentes’ a la condición de administradores de la sociedad, y encajan plenamente en el ‘desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad’, de ahí que se incardinan en el mencionado artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores. Teniendo siempre presente el anterior argumento, esta Sala ha resuelto reiteradamente la cuestión que se plantea, en el sentido asumido por la sentencia referencial. Las sentencias de 29-9-1988, 21 de enero, 13 mayo y 3 junio y 18 junio 1991, 27-1-92 (rcud. 1368/1991), 11 de marzo de 1994 (rcud. 1318/1993), 22-12-94 (rcud. 2889/1993), 16-6-98 (rcud. 5062/1997), 20-11-2002 (rcud. 337/2002) y 26-12-07 (rcud. 1652/2006) han establecido que en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo, [de ahí que en el caso presente, sea irrelevante que la amplitud de los poderes sea distinta en el caso de la sentencia recurrida y en el de la referencial, al haber actuado ambos demandantes en función del vínculo que como miembros de consejo de administración les unía con las empresas demandadas]; por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral”».

Esta doctrina jurisprudencial se proyecta por la Sala de suplicación al supuesto de autos, concluyendo sobre la inexistencia de relación laboral al quedar probado que el actor actúa en representación de la sociedad obligándola en su condición de representante legal de aquella, ejerciendo los cometidos propios de un consejero delegado, lo que es incompatible con la relación laboral especial de alta dirección, a tenor de la jurisprudencia reseñada, razón por la cual la Sala planteó de oficio la falta de jurisdicción, que ha de apreciarse, de conformidad con lo razonado, sin que sea óbice a ello que el actor en el entramado de las sociedades haya dependido de la persona que se halla en la cúspide de la sociedad matriz, PM, y no del consejo de administración de la sociedad española. En esta línea, aunque con referencia a la relación de alta dirección, la jurisprudencia ha declarado que la pertenencia de la empresa española a un grupo internacional no es obstáculo a que pueda apreciarse la existencia de esa relación laboral especial, toda vez que la intervención de la empresa

matriz se sitúa en el marco de las relaciones entre sociedades afectando, en su caso, solamente a la autonomía del consejo de administración de la sociedad participada (sentencias del Tribunal Supremo de 12-2-90 y 13-11-91). Tampoco el dato de que las tres sociedades demandadas hayan aceptado la responsabilidad solidaria debe conducir a solución distinta, pues no ha habido un allanamiento, sino simplemente una ausencia de oposición sin explicitar en modo alguno los motivos de ello, lo que obligaba a la juzgadora de instancia a declarar la responsabilidad de las tres sociedades.

3. En realidad el interés de esta sentencia se centra casi exclusivamente en el recordatorio de la jurisprudencia social sobre la delimitación de relaciones mercantiles y laborales y su compatibilidad o incompatibilidad según los supuestos de hecho y la sujeción o no de los prestatarios de servicios a dependencia jurídica. En el caso enjuiciado, los cargos y funciones desempeñados por el actor no podían conducir a conclusión distinta de la judicialmente obtenida —y, por tanto, a la declaración de incompetencia jurisdiccional por razón de la materia— en aplicación de la ya vieja doctrina del «vínculo», tan discutible teóricamente como asentada en la práctica.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

STSJ de Galicia de 6 de febrero de 2012 (Recurso de Suplicación núm. 4575/2011), IL J 525/2012

1. El demandante presta su actividad para la Consejería, desde 10/05/2010, con la categoría profesional de «Experto Docente» y recibiendo un salario promedio mensual de 4.347 €. Impartió cursos de «diseño de paginas web» «Programas de retoque digital y escaneamiento» y «Diseño gráfico digital» en diversos centros desde 2001, y sobre «Diseño de páginas web», «Programas de retoque digital y escaneamiento», de «Diseñador Gráfico digital», hasta el 2010. El Instructor de Formación Ocupacional de la UAF de Ames hace constar que el demandante impartió como experto docente en el curso 891 /2010 de «Diseñador Gráfico dixital» IMSM 1.459 horas de duración, en Acción Formativa de Ames, desde 10/05/2010 a 27/09/2010. Al demandante se le retribuía mediante facturas emitidas mensualmente confeccionadas por el director del centro en función del número de horas trabajadas, fijándose el importe de la hora en 37,50 €. El trabajador se ajustaba en las clases impartidas a un programa previo aprobado por la Administración. El demandante daba sus clases de 09:00 a 14:00 horas. Existiendo, además del horario lectivo, diez horas antes y diez horas después del curso. Además de sus funciones lectivas el demandante se ocupaba, entre otras, de evaluación, preparación de material didáctico, así como de reparar averías en el mismo. El trabajador cumplía partes de controles mensuales de asistencia de los alumnos. Y el material utilizado por el actor para dar sus clases le era facilitado por el Centro. En el caso de que el trabajador no pudiera acudir al centro de trabajo se ponía en contacto con el director sin que se le nombrase un sustituto, recuperando él mismo la clase dejada de impartir. El actor está incluido en el Catálogo de Expertos Docentes correspondiente a la provincia de A Coruña en la especialidad de «retoque dixital e escaneamento de imaxes» con el núm. de orden 3 y consta afiliado al RETA. El actor prestó servicios para la Administración demandada como

docente en cursos de formación, en concreto «Diseño de páginas web», «Programas de retoque digital y escaneamiento» y «Diseño gráfico digital», percibiendo remuneración mediante facturas emitidas mensualmente en función del número de horas de curso impartidas.

2. Según el TSJ de Galicia, no se está ante un contrato de trabajo, según dispone el art. 2.a) de la LPL, porque el actor se encontraba obligado a impartir un número de horas de clase dentro de un determinado horario, sin que el hecho de que las clases se impartiesen en dependencias de la demandada y con su material sea suficiente para desvirtuar el carácter no laboral de la prestación de servicios, pues no consta que no gozase de plena autonomía a la hora de impartir sus clases, siendo el actor el encargado de evaluar y preparar el material didáctico; no ha quedado acreditado que la programación exclusiva del trabajo se hiciera por la Administración demandada, ya que el recurrente contaba con total autonomía organizativa para prácticamente todos los momentos de su actividad. Tampoco existe una ordenación detallada de las tareas a realizar por él. Estas consideraciones no solo desconocen la existencia del programa elaborado por la Administración, al que debía ajustarse el demandante. Esta ausencia de ordenación del trabajo se complementa, en este caso, con el hecho de que el actor podía libremente dejar de asistir al trabajo simplemente poniéndose en contacto con el director, sin que conste, lógicamente, que los posibles incumplimientos del actor de sus deberes laborales pudieran ser merecedores de sanción alguna, al no existir poder de dirección efectivo, resultando (a tales efectos) el poder sancionador o disciplinario necesario para que el poder de dirección sea un verdadero poder jurídico y no un mero poder moral. Aunque el horario de las clases lo establecía la Administración, siendo el actor el que impartía las clases, no consta control alguno de su impartición o sometimiento a directrices o fines dictados por la Administración demandada. No existe prueba de control de la materia sobre la que se imparten las clases (únicamente se manifiesta que el actor se ajustaba en las clases a un programa previo aprobado por la Administración), ni que se obligase al actor a adaptarse a la materia contratada, ni que se valorase o controlase ni su contenido, ni sus objetivos o resultados, ni la forma en que se prestaba, salvo el interés de los alumnos. Además, tampoco consta que la Administración se ocupe de cómo se proporcionan los conocimientos al alumnado o se orienta su actividad en la clase, ni se evalúa el resultado de los cursos programados, sino que no se aprecia control alguno en la actividad, ni se valoran otros criterios de sometimiento al control organicista y disciplinario del empresario, propio de una relación laboral.

Para constatar la presencia de una relación laboral no basta la mera prestación del servicio a favor o por cuenta de quien la retribuye, y aunque el criterio de dependencia laboral no se entiende hoy como una subordinación rigurosa o intensa, sino en un sentido flexible y laxo, pero siempre presente en la relación entre las partes, deben ponderarse en cada caso concreto las circunstancias de la forma de realización del servicio, y en el presente caso el actor cobra por hora de clase, no consta que se le pueda sancionar por faltas de asistencia u otras conductas con relación al servicio contratado, pudiendo ejecutar el servicio de profesor en cada materia con plena autonomía e independencia, al no constar que la demandada estableciese respecto de ella órdenes o instrucciones relativas a la forma en que debía realizar la prestación del servicio. Estamos, pues, ante un trabajo autónomo. Los servicios no se prestaban «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona», sino que se llevan a cabo con plena autonomía e independencia, ya que la Administración demandada no dictaba órdenes o instrucciones sobre la forma de ejecutarlo. En esta ocasión, aunque el

demandante llevaba a cabo su actividad en instalaciones de la demandada y con sus medios material, el actor tenía plena libertad de decisión y criterio en la impartición de las clases, sin que la demandada realizara ningún tipo de control sobre su actividad, más allá de un determinado programa al que debía ajustarse.

Por ello, concluye el TSJ, no se trata de un contrato de trabajo, en el sentido del art. 1.1 LET, y la única conclusión posible es descartar la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer del presente litigio, habida cuenta la atribución al orden contencioso-administrativo del conocimiento de cuestiones como la que aquí nos ocupa.

3. Sorprende que en el presente siglo se mantenga un concepto rígido, uniforme, inflexible y formalista del concepto jurídico de dependencia, como hace en esta sentencia el TSJ de Galicia. Para él, es relevante, **no lo que consta sino un cierto hecho negativo que no consta, lo que no deja de ser una presunción judicial sin fundamento alguno**, cuando dice que **no consta que no gozase de plena autonomía a la hora de impartir sus clases. Es un error mayúsculo —desde una perspectiva estrictamente jurídica— que, acreditado que el profesor demandante tiene un horario y lo cumple y que sigue un programa marcado por la Administración, sin que conste algún incumplimiento del mismo, así como que va a los centros a los que se le indican, y utiliza los medios que le suministra para su trabajo, la Consejería demandada, el TSJ considere que la prueba de la falta de prueba de la no autonomía corresponde al demandante, cuando es manifiesto, desde la perspectiva del art. 217.3 LECiv., que, en cuanto hecho impeditivo, una vez que los constitutivos ya se han acreditado por el demandante, le corresponde a la demandada**. No es posible invertir la carga legal de la prueba. Se trata de un error manifiesto, relevante, porque va a cambiar el sentido del fallo la sentencia recurrida, sin razón y fundamento jurídico alguno.

No tiene sentido ni existe razón jurídica para valorar, como contrario a la existencia de la dependencia, que sea el actor el encargado de evaluar y preparar el material didáctico, pese a que así lo diga el TSJ de Galicia. Y ello, porque ignora el significado y contenido de la dependencia técnica, de la dependencia flexibilizada o —como llega a decir el TS— desaparecida (según la STS de 11/12/1989: tanto en la profesión médica como en general en las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias profesionales de *independencia técnica* que caracterizan el ejercicio de las mismas), **en los supuestos de titulados y Licenciados, ya que son ellos los que conocen lo que se ha de hacer y cómo**. Los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario, y aunque sea incardinarlo aquí, también añade el TS, el desempeño personal del trabajo (STS 23-10-1989), pero en el presente caso se trata de un trabajador técnicamente cualificado, que conoce las exigencias de su profesión, lo que no concurre en el empresario. El concepto de dependencia es flexible y no rígido, ni intenso (SSTS 29/12/1999 y 5 y 7/10/2010).

Añade el TSJ de Galicia la falta la nota de programación exclusiva del trabajo por la Administración demandada, ya que el recurrente contaba con total autonomía organizativa para prácticamente todos los momentos de su actividad. Tampoco existe

según el TSJ una **ordenación detallada de las tareas a realizar por él**. Se ha de decir **que sigue ignorando el TSJ que el demandante se ha de ajustar al programa elaborado por la Administración y que emite los partes de asistencia de alumnos que se le han ordenado**. Y olvida dicho TSJ de Galicia en esta sentencia la jurisprudencia, según la cual, la naturaleza laboral de la relación de servicios que mantienen los actores profesores con su empresa, se deduce, entre otros datos, de que era **la entidad demandada quien disponía de la organización académica necesaria para la prestación de servicios por los dos profesores, quien ofertaba los cursos al público, quien organizaba los grupos de alumnos, quien fijaba los horarios del curso, salvo que fueran personalizados, con un único alumno, en cuyo caso eran el profesor, junto al alumno, quien organizaba los horarios; quien cobraba los importes correspondientes a cada curso, lo que demuestra la dependencia y la ajenidad que caracteriza a la relación laboral, percibiendo de retribución una cantidad fija, 8 euros a la hora, si el curso era personalizado y 12 euros, si el curso era colectivo, con independencia del número de alumnos**. Y ello no se desvirtúa —dice el TS— por el hecho de que los dos profesores, cuando impartían los cursos, **no estuvieran sometidos a la empresa sobre el desarrollo de los cursos, que elaboraban su contenido, evaluando los conocimientos de los alumnos, sin intervención de la empresa, pues ello entra, como dice la sentencia recurrida, dentro de la libertad de cátedra** (STS de 22/07/2008).

Ese **desconocimiento manifiesto e incomprensible del concepto de dependencia flexibilizada, relajada, minimizada para los trabajadores titulados/profesores**, imprescindible según la naturaleza de la situación real y profesional en que actúan, no impide al TSJ añadir que «esta ausencia de ordenación del trabajo se complementa, en este caso, con el hecho de que el actor **podía libremente dejar de asistir al trabajo simplemente poniéndose en contacto con el director, sin que conste, lógicamente, que los posibles incumplimientos del actor de sus deberes laborales pudieran ser merecedores de sanción alguna, al no existir poder de dirección efectivo**, resultando (a tales efectos) el poder sancionador o disciplinario necesario para que el poder de dirección sea un verdadero poder jurídico y no un mero poder moral. *Se trata de un manifiesto error judicial del TSJ. Es imprescindible el contraste con el criterio reiteradísimo del TS*, según el cual: además del concepto jurídico flexible de la dependencia, la laboralidad del contrato no queda desvirtuada por las **previsiones expresadas en el contrato de sustituciones o suplencias del odontólogo en las licencias y otros supuestos singulares que constituyen la excepción y no la regla en la relación de servicios concertada entre el médico demandante y la entidad de asistencia sanitaria demandada**, al limitarse aquéllas a los supuestos de imposibilidad o incapacidad de trabajo, con exigencia expresa de permiso de dicha entidad (STS 7/10/2009, por todas). Es viejo el criterio jurisprudencial según el cual la dependencia no se impide por un régimen excepcional de suplencias o sustituciones (STS 20/09/1995).

Añade el TSJ de Galicia que, aunque el **horario de las clases lo establecía la Administración, siendo el actor el que impartía las clases, no consta control alguno de su impartición o sometimiento a directrices o fines dictados por la Administración demandada**. No existe **prueba de control de la materia sobre la que se imparten las clases (únicamente se manifiesta que el actor se ajustaba en las clases a un programa previo aprobado por la Administración)**, ni que se obligase al actor a adaptarse a la

materia contratada, ni que se valorase o controlase ni su contenido, ni sus objetivos o resultados, ni la forma en que se prestaba, salvo el interés de los alumnos. Además, tampoco consta que la Administración se ocupe de cómo se proporcionan los conocimientos al alumnado o se orienta su actividad en la clase, ni se evalúa el resultado de los cursos programados, sino que no se aprecia control alguno en la actividad, ni se valoran otros criterios de sometimiento al control organicista y disciplinario del empresario, propio de una relación laboral.

Con estas consideraciones, acredita el TSJ de Galicia que ignora que la Consejería, como todo empresario, tiene la facultad de control que se reconoce el art. 5.a), c) y f), así como el 20.1, 2 y 3, ambos LET, que permiten al empresario ordenar el modo de actuar el trabajador y controlar que lo haga según el empresario dispone. Ello no se ha de probar. *Se trata de una consecuencia que deriva ineludiblemente de la prestación laboral personal, dependiente, remunerada y por cuenta ajena, pero no se integra en los elementos fácticos identificadores de la dependencia, porque son una consecuencia de ellos.* En todo caso, el control empresarial, y la potencialidad de las sanciones en caso de incumplimiento por el trabajador tampoco son elementos fácticos que deba probar el demandante, sino consecuencias jurídicas, como se ve en los arts. 54, 55 y 58 LET.

Añade el TSJ de Galicia que en el presente caso el actor cobra por hora de clase, no consta que se le pueda sancionar por faltas de asistencia u otras conductas con relación al servicio contratado, pudiendo ejecutar el servicio de profesor en cada materia con plena autonomía e independencia, al no constar que la demandada estableciese respecto de ella órdenes o instrucciones relativas a la forma en que debía realizar la prestación del servicio. De ello deduce que se trata de un trabajo autónomo, ya que la Administración demandada no dictaba órdenes o instrucciones sobre la forma de ejecutarlo. En esta ocasión, aunque el demandante llevaba a cabo su actividad en instalaciones de la demandada y con sus medios materiales, el actor **tenía plena libertad de decisión y criterio en la impartición de las clases**, sin que la demandada realizara ningún tipo de control sobre su actividad, más allá de un *determinado programa al que debía ajustarse*. Puede añadirse, sobre el modo de concretar el salario, que, según la jurisprudencia, la retribución que percibía un titulado, en función de un porcentaje pactado sobre la facturación efectivamente cobrada por la clínica a los clientes atendidos, deduciendo de la misma, en su caso, el importe de los materiales, es un sistema retributivo similar al salario a comisión (STS 7/10/2009).

En fin, baste con decir que **no existe inconveniente alguno en que el salario se configure y pacte en función de las horas de trabajo efectivamente prestadas**, que es una de las modalidades del salario doctrinalmente conocidas y aceptadas desde hace muchísimos años por doctrina y jurisprudencia, y que la reiteración de los demás argumentos nada añade, como ya se ha valorado en esta nota. Si acaso, insistir en que **no se llega a entender cómo el TSJ puede decir en el mismo párrafo que el demandante tenía libertad de decisión, criterio y control de su propia actividad**, y a continuación que tenía que acomodarse y ajustarse al contenido del programa que se le había asignado por la Consejería y emitir los partes de asistencia de alumnos.

Una conclusión es imprescindible: si esta sentencia no ha sido casada en el RCU, debería accederse a los medios que ofrecen los arts. 121 CE, 236 LJS y 292 LOPJ.

C) Autónomos

El comentario que sigue destaca el gran interés de la sentencia, porque, una vez más, pone de manifiesto las deficiencias y lagunas jurídicas del régimen del trabajador autónomo económicamente dependiente y porque la presente resolución del TSJ asimila e instrumentaliza la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la naturaleza constitutiva del requisito formal de la comunicación por parte del TRADE de su condición de dependiente a su cliente.

STSJ de Madrid de 24 de febrero (Recurso de Suplicación núm. 5305/2011), IL J 569/2012

1. La Sala de lo Social del TSJ de Madrid resuelve el recurso de suplicación interpuesto por D. Luis Miguel contra la sentencia dictada por el JS núm. 15 de Madrid, de 8 de abril de 2011, en virtud de demanda en reclamación de despido formulada por la parte recurrente contra la Sociedad Limitada «Arnaiz Consultores». En dicha sentencia se rechaza la excepción de incompetencia de la jurisdicción social alegada por la empresa; se concluye que la relación profesional existente entre las partes procesales es la propia de un trabajador autónomo dependiente y que la terminación de esa relación no estaba justificada legalmente; por lo que el trabajador tenía derecho a percibir una indemnización por daños y perjuicios en cuantía equivalente a la usualmente establecida para el despido improcedente.

Entre los hechos probados de los que parte la Sala para resolver este caso cabe destacar los siguientes: 1. D. Luis Miguel comenzó a trabajar como técnico informático para la empresa demandada en mayo de 2004, causando alta en el RETA en junio de ese mismo año. Desde el inicio de la prestación de servicios no se suscribe contrato por escrito de tipo alguno; 2. La parte recurrente percibía unos honorarios mensuales por importe de 2.119,06 euros, ingresados por transferencia en su cuenta corriente. De esa cantidad debía deducir la correspondiente retención por IRPF en el recibo de colaboración que emitía y, además, repercutir el IVA; 3. Los servicios se prestaban a tiempo parcial (30 horas semanales), en los centros de trabajo de la empresa, siguiendo las técnicas que ésta marcaba y sin que el colaborador demandante tuviera a su cargo trabajadores por cuenta ajena; 4. La actividad de D. Luis Miguel se realizaba valiéndose de la infraestructura productiva y material de la empresa demandada; 5. En octubre de 2010, la empresa comunica verbalmente al actor el cese de la prestación de servicios por causas económicas.

2. En su argumentación jurídica, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid hace alusión a la jurisprudencia consolidada del TS, que precisa los elementos materiales y formales que deben concurrir como presupuestos necesarios en una relación de servicios para calificarla con la categoría de TRADE. En particular cita algunos de los párrafos más relevantes de la STS de 11 de julio de 2011, y cita las de 6 de octubre de 2011 y 24 de noviembre de 2011 en las que se reitera dicha doctrina. Resulta de gran interés la sistematización de la doctrina del TS en la sentencia que se comenta, cuando señala que para que exista una relación de TRADE deben concurrir determinados requisitos materiales y otros formales. Entre los materiales destacan 7, que entiendo conviene recordar: 1. realización de una actividad económica o profesional a título lucrativo para una persona física o jurídica; 2. carácter personal de esa actividad, de forma que no se tenga a cargo trabajadores por cuenta ajena ni se contrate o subcontrate parte o toda la actividad con terceros; 3. no ejecutar la actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad

de contratación laboral por cuenta del cliente; 4. disponer de la infraestructura productiva y del material que resulten necesarios para el ejercicio de la actividad que sean propios e independientes de los de su cliente; 5. desarrollar la actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pueda impartir el cliente; 6. asumir el riesgo y ventura de esa actividad; 7. percibir de la persona física o jurídica contratante una contraprestación económica en función del resultado de su actividad que represente al menos el 75% de los ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales. En cuanto a los formales, *ad solemnitatem*, se exige que el trabajador comunique su situación de dependencia a su cliente.

Evidentemente, la sentencia declara, sin ninguna duda, que dichos requisitos materiales no concurren, y que el cumplimiento del requisito formal por D. Luis Miguel tampoco aparece probado. Por estos motivos, se declara que la relación entre la parte recurrente y la parte demandada es laboral por cuenta ajena, y al tratarse de un cese verbal se reconoce automáticamente la improcedencia del mismo, con las consecuencias indemnizatorias correspondientes.

3. Estamos ante una sentencia de gran interés por múltiples motivos: en primer lugar, porque, una vez más, pone de manifiesto las deficiencias y lagunas jurídicas del régimen del trabajador autónomo económicamente dependiente —las dificultades para calcular la indemnización por daños y perjuicios por parte del JS así lo demuestran—. En segundo término, porque la resolución asimila e instrumentaliza la doctrina del TS acerca de la naturaleza constitutiva del requisito formal de la comunicación por parte del TRADE de su condición de dependiente a su cliente. Esa comunicación se convierte en una obligación de información inexcusable para el TRADE, lo que evidencia (más aún cuando esta figura empieza a calar realmente en nuestro mercado y en supuestos reales y no simulados) la autonomía del mismo, porque sólo él sabe que presta servicios en este régimen. Por tanto, nos lleva a concluir que la autonomía del TRADE deviene del propio TRADE y no de la decisión del empleador de utilizar esta fórmula como alternativa al trabajo por cuenta ajena, tal y como ha quedado demostrado en el presente supuesto. Por último, cabe destacar que la sistematización por el TSJ de la doctrina del TS o, en otras palabras, la creación de un test del autónomo dependiente, que debe superar el cumplimiento de requisitos materiales y formales, clarificando la confusa legislación en la materia, resulta de gran utilidad para diferenciar la difícil frontera, a mi juicio, en muchas ocasiones artificial, entre el TRADE y el trabajador por cuenta ajena.

El deber de comunicación por el TRADE revela por tanto su autonomía, y se convierte en elemento del test que diferencia a una figura de otra y permite desvelar los supuestos de simulación que abundan en nuestro entorno empresarial.

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) Requisitos necesarios para determinar la existencia de un grupo de empresas ficticio a efectos de la responsabilidad solidaria de todas ellas.
 - B) Incidencia de la existencia de un grupo de empresas sobre la valoración de las causas económicas en supuestos de despido objetivo.
 - C) Reconocimiento del derecho al plus de antigüedad a los trabajadores incorporados a la empresa principal desde otra empresa del grupo.
 - D) Efecto positivo de la cosa juzgada.
3. CONTRATAS.
 - A) Diferencias con la cesión ilegal.
 - B) Noción de «propia actividad» a efectos de declarar la responsabilidad solidaria del empresario principal y el contratista.
 - C) Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad.
 - D) Responsabilidad por la indemnización por daños y perjuicios en caso de accidente de trabajo.
 - E) Sucesión de contratas y sucesión de empresa.
4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.
 - A) Existencia de cesión ilegal de trabajadores en los casos de contratos de puesta a disposición de carácter fraudulento.
5. CESIÓN ILEGAL.
 - A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata.
 - B) Rotación de trabajadores entre empresas de un grupo y cesión ilegal.
 - C) Posibilidad de alegar la existencia de cesión en el proceso por despido para conseguir la condena solidaria de cedente y cesionaria.
 - D) Efectos de la cesión: ejercicio del derecho de opción en supuestos de demanda de oficio de la autoridad laboral a resultas de procedimiento administrativo sancionador.

- E) **Efectos de la cesión: Responsabilidad solidaria de la empresa cedente y cesionaria por las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido; ejercicio de la opción de fijeza en supuestos de Administraciones Públicas.**

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS.

- A) **Elementos que delimitan el supuesto de hecho.**
B) **Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa.**
C) **Convenio colectivo aplicable.**
D) **Alcance de la subrogación: no comprende las meras expectativas de derecho.**
E) **Efectos de la sucesión: condiciones laborales tras la subrogación.**
F) **Efectos de la sucesión: responsabilidad solidaria de cedente y cesionario.**
G) **Subrogación contractual y subrogación legal.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 3 a 5 de 2012 de la *Revista de Información Laboral* que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. GRUPO DE EMPRESAS

- A) **Requisitos necesarios para determinar la existencia de un grupo de empresas ficticio a efectos de la responsabilidad solidaria de todas ellas**

La STSJ de Galicia de 31 de enero de 2012, IL J 455/2012, aborda, de nuevo, la cuestión de los elementos y requisitos necesarios para apreciar la existencia de un grupo de empresas ficticio y, por ende, poder afirmar la responsabilidad solidaria de las empresas que lo componen. Interesa el pronunciamiento por la didáctica exposición que realiza acerca de la noción del grupo de empresas y su tratamiento doctrinal y jurisprudencial. Recuerda la Sala que, bajo la denominación común de «grupo de empresas» se incluyen dos realidades diferenciadas; por un lado, la que se refiere a los conglomerados societarios con nexos empresariales, accionariales y de producción y/o prestación de servicios comunes;

y, por otro, la que engloba los supuestos patológicos en los que diferentes organizaciones empresariales, aparentemente diversas, constituyen, en realidad, un único empleador. Es sobre esta segunda variante sobre la que se ha desarrollado el debate judicial, en el que cabe reseñar, indica la sentencia en examen, que «ni todo grupo de empresas “legítimo” esconde un fraude de acreedores, ni todo grupo de empresas impropio o “patológico” se estructura sobre realidades societarias vinculadas entre ellas». Tras dejar sentado que en la actualidad el tópico de que en el Derecho del Trabajo no existe una definición legal del grupo de empresa no se adecua a la realidad (pone como ejemplo, amén de lo previsto en otras normas de carácter mercantil, el artículo 3 y la DA 4.^a del RDL 1/1992, de 13 de abril —después Ley 22/1992, de 30 de julio—, sobre Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, el artículo 7 del RD 830/2008, de 30 de abril, sobre Empresas Pesqueras conjuntas y, sobre todo, el artículo 3 de la Ley 10/1997, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria, que según la sentencia comentada recoge la «definición iuslaboralista del grupo de empresas» y resulta concordante con la regulada en el artículo 42 del Código de comercio), y recordar la doctrina del Tribunal Supremo, especialmente la contenida en la STS de 8 de junio de 2005 (recurso 150/04), sobre las condiciones y factores específicos para que se produzca la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo (o, lo que es lo mismo, para constatar la existencia de un grupo de empresas ficticio), el pronunciamiento comentado concluirá que en el caso enjuiciado, en el que se pretendía derivar la existencia de una dirección única y confusión patrimonial del dato de la situación de parentesco de las socias o administradoras de las tres empresas codemandadas, «sería incluso dudoso afirmar que estamos en presencia de un grupo en los términos definidos por dichas normas y doctrina jurisprudencial pero lo que sí es claro es que, siendo grupo, nunca podría imponerse la existencia de solidaridad entre sus componentes y ello en base a las siguientes consideraciones: 1) No encontramos entre las tres empresas demandadas una sociedad dominante y una dominada, pues lo que acontece es que las tres empresas están constituidas por personas físicas (y familiares entre sí) que como socias, al mismo tiempo, detentan la administración societaria pero ninguna de dichas sociedades es constituida y por ello dominada por alguna de las otras y la simple coincidencia de los administradores o socios no es suficiente para ver en ello un grupo empresarial fraudulento y así lo pone de manifiesto expresamente el juez de instancia al afirmar que no se observa ninguna subordinación o dependencia funcional u organizativa entre la codemandada y el resto de sociedades demandadas; 2) No existe unidad de actividad, y por ello un funcionamiento integrado no coincidiendo exactamente el mismo objeto social entre las tres sociedades pues unas se dedican al comercio al por mayor y otras al comercio al por menor de equipos ofimáticos; 3) Tampoco se ha acreditado y de hecho lo ha manifestado así expresamente el juez de instancia respecto al trabajador demandante, que frente al mismo no aparecen las tres empresas demandadas como un único empleador o que el actor actúe por cuenta de las tres mercantiles aún cuando las tres hagan uso del mismo domicilio social o respondan al mismo teléfono bajo la denominación grupo Izard sino que el actor se ha limitado a prestar servicios para una sola de las empresas demandadas sin que se haya acreditado... dato alguno que permita concluir que frente al trabajador quien aparece o ha aparecido como empresario es el conjunto de las empresas o grupo de empresas. Tampoco existe elemento fáctico alguno que permita detectar patología alguna en el conjunto forma-

do por las codemandadas y que, a través de la técnica del levantamiento del velo, permite determinar que bajo ese sustrato societario concurre otra realidad como podría ser el de las personas físicas que como socias y administradores han constituido dichas sociedades pues, partiendo del criterio general que debe mantenerse, ... de que los vínculos accionales, funcionales o de gestión no alteran por sí mismos la configuración individual y personal de cada una de las sociedades debidamente constituidas como tales [...] es posible y así, tan sólo se admite “levantar el velo” de la personalidad jurídica y extender la responsabilidad empresarial más allá de la sociedad contratante, alcanzando al empleador real (plural o individual) y trascendiendo de las formalidades jurídicas, cuando concurren específicas circunstancias lo que no acontece en el caso de autos. En definitiva, la posible existencia de grupo empresarial aún dudosa en este caso no conlleva, sin embargo, la existencia de una responsabilidad solidaria de todas las empresas de ese presunto grupo pues no se han detectado esas especiales circunstancias que denoten el carácter patológico del conjunto formado por todas ellas...».

De la utilización de la definición legal del «grupo de empresa» contenida en la Ley 10/1997, de 24 de abril, por la doctrina judicial se hace eco la **STSJ de Andalucía de 3 de noviembre de 2011, IL J 289/2012**, que, no obstante, sigue afirmando que la cuestión de la noción del grupo de empresas «está tratada de forma difusa, puntual y dispersa en nuestro ordenamiento jurídico». En este caso, la Sala se sirve fundamentalmente de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo, con origen en los tribunales anglosajones, para señalar que en determinadas hipótesis es necesario hacer abstracción de la personalidad jurídica formal, buscando «imponer *“la realidad de la vida y el poder de los hechos”* y posibilitar *“la preeminencia de las realidades económicas sobre las formas jurídicas”*, en circunstancias tales como la confusión de patrimonios, la infracapitalización, el fraude, la persona jurídica ficticia o la conclusión de contratos entre la persona física y “su” sociedad». Recordando la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de los factores adicionales necesarios para concluir en un determinado supuesto «que se ha producido una utilización desviada del instituto jurídico de la sociedad en perjuicio de los derechos de los trabajadores, dando con ello lugar a una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real que es lo que justifica la ruptura del principio de separación patrimonial y la comunicación de responsabilidad», y poder predicar, por tanto, la responsabilidad solidaria de todas las empresas que conforman el grupo (funcionamiento unitario, prestación de trabajo común, creación de empresas aparentes sin sustento real, confusión de plantillas patrimonios y apariencia externa de unidad de dirección), la Sala afirmará que en el caso de autos aquella utilización fraudulenta ha tenido lugar pues se trataba del «mismo objeto y domicilio social, misma actividad, idéntico administrador, confusión en la actividad publicitada en internet con el mismo objeto, y la situación revelada en el acto del juicio, cuando se puso de manifiesto que hubo un cambio en el empleador no apreciado por el propio trabajador, ..., al haber trabajado siempre en el mismo sitio, haciendo el mismo trabajo y bajo las órdenes siempre de la misma persona».

B) Incidencia de la existencia de un grupo de empresas sobre la valoración de las causas económicas en supuestos de despido objetivo

Las anteriores reflexiones acerca del alcance de la noción de grupo de empresas y, en particular, las relativas a las diferencias entre el grupo de empresas legítimo y la utiliza-

ción patológica del fenómeno están muy presentes en las argumentaciones recogidas en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de noviembre de 2011, IL J 316/2012**, a la hora de determinar el ámbito material en el que había de proyectarse la valoración de las causas sustentadoras de un despido objetivo por razones económicas, organizativas y de producción. Frente a la pretensión de la actora de que tal consideración se realizara sobre el grupo de empresas al que pertenecía su empleadora, la Sala, reiterando criterios mantenidos de forma unánime por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, «que solo aplican la valoración de las circunstancias objetivas concurrentes a todas las empresas del grupo cuando este merece el calificativo de “fraudulento”, pero no en caso contrario», razonará que «la existencia de un grupo de empresas es por sí solo un dato irrelevante para el derecho del trabajo, excepto cuando la propia norma prevea un efecto concreto, lo cual ocurre ciertamente con carácter excepcional, por ejemplo al regularse la promoción interna del alto directivo en el art. 9 del RD 1382/85, las obligaciones de información y consulta en caso de sucesión de empresas en el art. 44.10 ET, o del despido colectivo en el art. 51.14, o en los casos de grupos de empresas de dimensión comunitaria regulados a tal efecto en la ley 10/97 de 24-4. Pero fuera de tales casos, la figura de grupo de empresas solo interesa al derecho del trabajo como fenómeno patológico, esto es, cuando por concurrir confusión patrimonial, prestación indiferenciada de servicios o maniobras específicamente orientadas a burlar la estabilidad en el empleo, pueda concluirse que la existencia de varias personas físicas o jurídicas se utiliza como mera apariencia formal y fraudulenta para encubrir la existencia de una única empleadora, debiendo extenderse por ello la responsabilidad solidaria a todas las implicadas. Es por ello que el TS en su st. de 23-1-07 (rec. 641/05) ha concluido que en la valoración de la procedencia del despido objetivo deben considerarse el conjunto de las sociedades del grupo si los trabajadores afectados han prestado servicios indistintamente para todas ellas, porque entonces todas tiene la condición de empleadoras. Y que *sensu contrario* deba mantenerse la completa independencia funcional y organizativa de todas ellas en caso contrario, porque en tales supuestos la condición de empleadora solo puede predicarse de la que efectivamente lo es, resultando por ello distorsionador cuando no absurdo desde el punto de vista técnico-jurídico, ampliar el ámbito objeto de la necesaria valoración para aportar elementos ajenos a la estructura económica, organizativa y funcional en la que se produce el fenómeno estudiado».

C) Reconocimiento del derecho al plus de antigüedad a los trabajadores incorporados a la empresa principal desde otra empresa del grupo

Con apoyo en la STS de 25 de junio de 2009, en la que se entendió que la rotación entre las empresas del Grupo Unión Fenosa comportaba necesariamente que se computara la antigüedad por los períodos trabajados en las diferentes empresas del grupo, la CGT presentó demanda sobre conflicto colectivo en la pretendía que se le reconociera a los trabajadores de Unión Fenosa Distribución, S.A. (UFd), provenientes de Unión Fenosa Metra S.L. —Ufm— (después denominada Gas Natural Comercial SDG, S.L.), la antigüedad real en función del tiempo de servicios en las empresas del grupo a todos los efectos. La **SAN de 11 de abril de 2012, IL J 472/2012**, estimará parcialmente la demanda y frente a la excepción de inadecuación de procedimiento alegada por UFd, Ufm y USO sobre la base de que no era posible «instrumentar la pretensión actora mediante el procedimiento de

conflicto colectivo, puesto que la causa de pedir es la concurrencia de cesión ilegal de trabajadores, entendiéndose que dicha pretensión debe reclamarse individualizadamente» afirmará, trayendo a colación los argumentos contenidos en la STS de 25 de junio de 2009, que «Parece claro, por tanto, que el Tribunal Supremo considera indudable el reconocimiento de la antigüedad a los trabajadores, que rotan entre las diversas empresas de un grupo de empresas, no porque desempeñaran sus funciones bajo las direcciones y órdenes de la empresa principal y esencialmente en funciones idénticas a las de su propio personal, como defendieron unánimemente UFd, Gas Natural Comercial y USO, puesto que la Sala descartó expresamente la concurrencia de cesión ilegal, sino por considerar decisiva la vinculación —sin solución de continuidad— con la empresa dominante en cuya plantilla finalmente se integran los trabajadores y el principio de irrenunciabilidad de derechos... Por consiguiente, si los demandantes no fundamentaron su pretensión en la concurrencia de cesión ilegal, puesto que reclaman el reconocimiento de la antigüedad a todos los efectos en su rotación entre empresas del grupo sin solución de continuidad, habiéndose incorporado finalmente a UFd..., no discutiéndose que el conflicto afecta a todos los trabajadores, que se incorporaron a la mercantil antes dicha desde UFm, se hace evidente que se trata de un colectivo genérico de trabajadores, estructurado a partir de un interés general indivisible para el grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, consistente en la reclamación de la antigüedad con causa a la rotación entre las diferentes empresas del grupo, concurriendo, por tanto, las notas exigidas por el art. 153.1 LRJS, como viene manteniéndose por la jurisprudencia, por todas STS 10-12-2009, RJ 2010\1430, lo que nos obliga necesariamente a desestimar la excepción propuesta».

D) Efecto positivo de la cosa juzgada

La problemática acerca de la existencia de unidad empresarial o simple grupo de empresas es el referente indirecto que sirve a la **STSJ de Castilla y León de 18 de enero de 2012, IL J 429/2012**, para argumentar en torno a la regulación actual y significación de la cosa juzgada. No estamos ante un pronunciamiento que incida realmente sobre la temática que nos corresponde examinar, por lo que simplemente dejamos apuntada la doctrina de cierre de la sentencia, a saber, «de conformidad con esta doctrina jurisprudencial, resulta claro que, si en relación con el problema jurídico de determinar si una o varias empresas forman con otra u otras una unidad empresarial o un solo grupo de empresas, una primera sentencia que ganó firmeza legal, resolvió tal problema en un determinado sentido, si esa misma cuestión se vuelve a plantear de nuevo en otro proceso judicial, la sentencia que en él recaiga, necesariamente ha de dar a tal problema la misma solución que adoptó aquella sentencia firme, en virtud del efecto positivo de la cosa juzgada».

3. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 5.A).

B) Noción de «propia actividad» a efectos de declarar la responsabilidad solidaria del empresario principal y el contratista

Como es sabido, el sistema de garantías articulado por el artículo 42 ET descansa sobre un soporte material en el que la noción de «propia actividad» constituye el elemento nuclear, de ahí el debate judicial existente sobre el tema. Debate que, en estos momentos, cuenta con una más o menos consolidada doctrina jurisprudencial al respecto. Y decimos más o menos consolidada porque, a la postre, lo relevante es su proyección al caso concreto. A uno de estos supuestos alude la **STSJ de Baleares de 24 de noviembre de 2011, IL J 327/2012**, que resulta llamativa por el singular entendimiento que realiza de las tesis jurisprudenciales sobre el correcto entendimiento de la «propia actividad». Así, mientras que hoy en día parece clara la inclinación de la jurisprudencia por la tesis que considera como propia actividad aquellas que resultan inherentes al ciclo productivo de la empresa principal, es decir, con exclusión de las tareas no nucleares o complementarias, el pronunciamiento en examen, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995, afirma literalmente que «ante la imprecisión del concepto de propia actividad para su delimitación unificadora, la jurisprudencia ha desechado la tesis de configurarla como actividad inherente al ciclo productivo de la empresa principal, poniendo el acento en el dato de la actividad indispensable para el desarrollo de su función específica, incluyéndose como actividades propias las tareas complementarias, siempre que sean absolutamente esenciales para el desarrollo de la principal». Desde tal premisa, la Sala, a la hora de determinar si la actividad de información directa al público en el aeropuerto de Palma de Mallorca corresponde o no a la propia actividad de la empresa AENA, pues ello determinaría, en caso afirmativo, la responsabilidad solidaria de esta última por los salarios adeudados a los trabajadores afectos a la prestación de servicios contratada, afirmará que «el servicio de información directa al público... constituye una actividad singularizada y con sustantividad dentro del conjunto de las que integran la gestión y explotación del aeropuerto de Palma de Mallorca, como lo son también el handling y el control de pasajeros por razones de seguridad. Tiene, además, carácter accesorio o secundario, de hecho hay aeropuertos donde no existe [...] En este sentido cabe concluir que la actividad de información directa al público y las demás objeto de la contrata, si bien tiene carácter complementario o accesorio de la actividad principal desarrollada por AENA, como entidad pública que dirige y gestiona la actividad aeroportuaria, en los aeropuertos de titularidad pública del Estado, ello no es óbice para calificarla como actividad complementaria de la actividad propia, pues las terminales de los aeropuertos tienen como actividad principal la del transporte de pasajeros, tanto de salidas como de llegadas, siendo la de los servicios de información directa una actividad complementaria de la principal de facturación, embarque en las salidas y las de transporte de pasajeros y maletas a la terminal en las llegadas, por lo que es aplicable al supuesto de autos la responsabilidad empresarial prevista en el art. 42 del ET...».

Un detallado análisis de la doctrina jurisprudencial acerca de la noción de «propia actividad» se contiene también en la **STSJ de Aragón de 25 de noviembre de 2011, IL J 328/2012**, a la que nos referiremos en el apartado siguiente, al hilo del análisis de la responsabilidad solidaria de las empresas contratistas en relación al recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. En este caso las consideraciones recogidas por la

Sala en relación a tal cuestión son más acordes con el entendimiento que realizábamos más arriba acerca de cuál es la más reciente doctrina jurisprudencial sobre el concepto de «propia actividad». Así, indica el pronunciamiento en examen, «Caben en principio dos interpretaciones de dicho concepto: a) la que entiende que propia actividad es la actividad indispensable, de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y b) la que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán “propia actividad” de ella. En el primer caso, se incluyen como propias las tareas complementarias. En el segundo, estas labores no “nucleares” quedan excluidas del concepto y, en consecuencia de la regulación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. La más moderna doctrina unificada (*vid.* por todas las sentencias de 23.1.2008, rcud núm. 33/2007 y 24.6.2008, rcud núm. 345/2007) mantienen la acepción restringida del concepto “propia actividad” según el cual considera como tal la “actividad inherente” o “absolutamente indispensable” para la actividad de la empresa principal, que traducido a la empresa privada se concreta en las operaciones o labores que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal, en concreto las que son inherentes a la producción de bienes y servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado excluyendo las tareas “complementarias o no nucleares”, noción nacida de una constante representada, entre otras, por las sentencias de 18.1.1995 (rcud 150/1994), 29.10.1998 (rcud 1213/1998), 24.11.1998 (rcud 517/1998), 22.11.2002 (rcud 3904/2001), y 20.7.2005 (rcud 2160/2004)». La aplicación de tal teoría al caso de autos lleva a la Sala a mantener la responsabilidad solidaria por el recargo de prestaciones de todas las empresas implicadas sobre la base del artículo 24.3 LPRL y en el entendimiento de todas ellas llevan a cabo contratas correspondientes a la propia actividad. El supuesto de hecho era el siguiente: Telefónica España, S.A. —cuyo objeto social es la prestación de los servicios de telecomunicaciones telefónicas por cable— contrató con Dalkia Energía y Servicios, S.A. —cuyo objeto social es la actividad de mantenimiento de diversas instalaciones contra incendios, cogeneración, equipos elevadores, piscinas, jardinería, plantaciones, megafonía y telefonía— la ejecución de las labores de mantenimiento de las instalaciones de climatización y energía de una serie de edificios. Dentro de las instalaciones eléctricas se encuentran los Centros de Transformación. A su vez, Dalkia Energía y Servicios, S.A. firmó con Giroa, S.A., sociedad del mismo grupo y cuyo objeto social es la instalación de fontanería y climatización, un contrato por el que ésta asumía la ejecución de los servicios por los que Dalkia fue contratada por Telefónica. Giroa, S.A., por su parte, subcontrata con la empresa Eldu, S.A., cuyo objeto social es la actividad de instalaciones eléctricas, el mantenimiento de los Centros de Transformación. Por último, la empresa Eldu, S.A. subcontrata con Eldu Aragón, S.A. la ejecución de los trabajos en los Centros de Transformación de Telefónica dentro de Aragón. El trabajador contratado por la empresa Eldu Aragón, S.A. sufrió un accidente de trabajo en las instalaciones de la empresa Telefónica, S.A., como consecuencia del cual falleció. La Sala desestima los diversos recursos de suplicación interpuestos, en los que se rechazaba que las labores de mantenimiento que el trabajador accidentado realizaba constituyeran parte del «núcleo esencial» de la actividad profesional de todas y cada una de ellas, argumentando que «Si tenemos en cuenta que el Centro de Transformación es el lugar en el que se produce el adecuado tratamiento

de la energía eléctrica recibida, absolutamente precisa para el funcionamiento del centro de telefonía y del suministro de telefonía en sí, que se encuentra en el propio centro de trabajo y que es propiedad de Telefónica, resulta evidente que el servicio que presta tal instalación forma parte las operaciones o labores que corresponden al ciclo productivo de tal empresa (sin energía eléctrica no hay comunicación telefónica, ni de *línea de abonado digital asimétrica*) y que las labores de mantenimiento de tal centro son, a su vez, absolutamente indispensables para su adecuado funcionamiento, y lo ponemos en relación a los objetos sociales de las dos empresas del mismo grupo empresarial que contrataron con Telefónica tales labores —actividad de subcontratación que, en el hipotético caso de que se tratare de *empresas de servicios*, formaría, por sí mismo, parte de la actividad productiva propia de una “empresa de servicios” dedicada a la subcontratación mediante el adecuado empleo del (como mantienen las dos recurrentes pertenecientes al mismo grupo empresarial) *saber cómo* que, aducen las recurrentes Dalkia y Giroa, poseen— forman indudablemente parte de su actividad productiva propia».

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

En muchas de nuestras crónicas precedentes hemos aludido (véanse, por ejemplo, crónicas núm. 37, 39, 42, 43, 44, 47) a la dificultad interpretativa que la variedad de normas que disciplinan la responsabilidad derivada de infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo ocasiona a la hora de determinar el concreto sujeto responsable de las mismas. En el caso específico del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, el art. 123.2 LGSS hace recaer esa responsabilidad en el «empresario infractor», expresión genérica, pero precisa que, para el supuesto de las contrataciones de obras y servicios, debe ser integrada y conectada con los diversos preceptos que establecen 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. A esta cuestión aluden tres pronunciamientos judiciales de los recaídos en el período examinado: la **STS de 20 de marzo de 2012, u.d., IL J 496/2012**, la **STSJ de Aragón de 14 de febrero de 2012, IL J 392/2012**, y la **STSJ de Aragón de 25 de noviembre de 2011, IL J 328/2012**. Como ya hemos apuntado en otras ocasiones, el fundamento de la imputación de la responsabilidad del recargo descansa en la presencia de concretas obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte del sujeto al que se hace responsable, de cuyo incumplimiento deriva el accidente o daño producido al trabajador. En otras palabras, y por lo que a los fenómenos de descentralización productiva respecta, el dato de que la actividad contratada corresponda a la denominada «propia actividad» de la empresa comitente no es esencial ni determinante a la hora de concluir en la responsabilidad solidaria de empresario principal y contratista por el recargo de prestaciones. A tales efectos, la **STS de 20 de marzo de 2012, u.d., IL J 496/2012**, reiterando pronunciamientos previos, señalará que «el empresario principal puede ser empresario infractor a los efectos del art. 123 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), si la infracción es imputable a la misma y el accidente se produjo dentro de su esfera de responsabilidad». La cuestión se centra, por tanto, en determinar si en el caso concreto se produce esa situación de imputabilidad desencadenante de la responsabilidad, generalmente solidaria, del empresario principal. En el supuesto examinado, pro-

bado que al trabajador accidentado no se le había facilitado la formación e información previa necesarias (al margen de que para la sentencia de instancia la falta de formación no era por sí misma la causa del accidente), la Sala analiza si tal carencia era o no imputable al empresario principal. Frente a la sentencia de suplicación que acogió una respuesta negativa, el Tribunal Supremo, tras indicar que la obligación específica de vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones del empleador por parte de la empresa principal se da en dos casos: cuando se trate de la misma actividad (art. 24.3 LPRL) y cuando las labores se realicen en su centro de trabajo o en un centro sobre el que la principal extiende su esfera de control (art. 24.1 y 2 LPRL), llegará a la solución contraria. Argumenta el Alto Tribunal que «la existencia de una situación de subcontratación establece deberes de prevención para la empresa principal de características y alcance análogos a los de la empleadora directa del trabajador [recuérdese que el mandato del art. 24 se reproduce en el art. 11.1.c) del Real Decreto 1627/1991, sobre Disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción]. De ahí que también para aquella la formación e información del trabajador en materia de riesgos constituye una exigencia previa, para cuya exoneración no resulta suficiente la mera diferenciación de vínculo jurídico con el trabajador de que se trate... La exoneración de ésta [empresa principal] hacía preciso que, pese a haber adoptado por su parte las medias necesarias en cuestión, solo la actuación de la empresa contratista constituyera la causa de la ineficacia de aquellas medidas. No hay elementos de prueba que avalen tal hipótesis. Por ello se mantiene la premisa general de la obligación de la principal de garantizar la formación sobre riesgos del trabajador. Faltando ésta, la responsabilidad de principal y contratista no presenta distinción y, por ello, había de mantenerse el fallo de instancia y, con ello, la imposición del recargo que se hizo en la vía administrativa».

Por su parte, la **STSJ de Aragón de 25 de noviembre de 2011, IL J 328/2012**, a la que ya nos hemos referido ampliamente el apartado precedente, y a cuya descripción del supuesto de hecho nos remitimos, declarará la responsabilidad solidaria del empresario principal y todas las contratistas y subcontratistas por el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, si bien, dada la argumentación de los recurrentes, en esta ocasión la Sala razonará sobre la base de la responsabilidad derivada de los artículos 42 ET y 42.3 LISOS para las contrata referidas a la propia actividad. Así, tras indicar que «el art. 42 ET constituye un reflejo, mal traducido para el caso que contempla, del principio de derecho según el cual quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo, y que fue ésta en definitiva la intención del legislador aunque éste, a la hora de redactar el precepto, no tuviera realmente en cuenta más que la figura del empresario principal y la de los “subcontratistas”, dentro de cuya último plural es donde deben entenderse incluidos todos los situados en la cadena de contratación», y concluir, en los términos más arriba reseñados, que la actividad encomendada formaba parte de la «propia actividad» de todas las empresas codemandadas, la sentencia comentada afirmará que «los artículos 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y 42.2 del Texto refundido de la Ley de Faltas y Sanciones en el orden Laboral aplican los principios inspiradores del artículo 123.1 TRLGSS al supuesto de la *descentralización productiva* estableciendo la responsabilidad solidaria con los contratistas y subcontratistas del empresario principal, por el cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por la Ley en relación con los tra-

bajadores que aquellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, cuando tratándose de obras y servicios de su propia actividad, “la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”».

La procedencia de la responsabilidad solidaria por el recargo de prestaciones más allá de la pertenencia o no de la actividad descentralizada a la propia actividad de la empresa principal o contratista se evidencia de nuevo en el razonar de la **STSJ de Aragón de 14 de febrero de 2012, IL J 392/2012**. El supuesto de hecho enjuiciado es el siguiente: El siniestro, con resultado de fallecimiento de un trabajador y heridas graves de otro, se produjo en una obra consistente en dos estructuras de hormigón para levantar dos naves ganaderas. El promotor de la obra era Vega Hermanos SCV, dedicada a la explotación ganadera. La empresa Alcor Contratas, S.L. era la contratista principal, que había subcontratado con Construcciones Anajube, S.L. (subcontrata de primer nivel) la realización de los trabajos, y con Hormigones Cabellos, S.A. el suministro de hormigón. El montaje de la estructura se realizó por la empresa Prhoscol, S.A. El accidente se produjo cuando un camión hormigonera perteneciente a la empresa Hormigones Cabello, S.A., con una altura máxima en la parte más elevada de unos 3,80 metros, procedió a meterse debajo de la estructura para realizar la solera de hormigón y el cimentado de los pozos al mismo tiempo. Al desplazarse el camión dentro de la nave, siguiendo las indicaciones de Carlos Alberto, encargado y socio de Construcciones Anajube, S.L. —que dirigía las maniobras del camión desde el exterior del mismo, al mismo tiempo que vertía el hormigón— el camión golpeó la estructura, en la parte en que la altura de los pórticos era de unos 3,20 metros, inferior a la altura del camión. Dicho golpe hizo que la estructura se cayese, atrapando a dos trabajadores, D. Bernabé, que falleció, y D. Cesáreo, que resultó gravemente herido, logrando salir ilesos los demás trabajadores. Iniciado expediente en materia de recargo de prestaciones, por resolución de la Dirección Provincial del INSS de Zaragoza se declaró la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, declarando la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social, derivadas del accidente de trabajo enjuiciado, fueran incrementadas en el 50% con cargo exclusivo a las empresas responsables, Construcciones Anajube, S.L. y Alcor Contratas, S.L. Interpuesta reclamación previa por las empresas citadas, fue desestimada por resolución del INSS. A su vez, la sentencia de instancia desestimó las demandas formuladas por las empresas Alcor Contratas, S.L. y Construcciones Anajube, S.L., contra el INSS, la TGSS, Vega Hermanos, SCV, Prhoscol, S.A., Hormigones Cabellos, S.A. y otras personas físicas sobre recargo por accidente de trabajo. Frente a dicha sentencia interpone recurso de suplicación la empresa Construcciones Anajube, S.L.

En esta ocasión el marco sustantivo del debate se delimita por las previsiones contenidas en los artículos 123 LGSS, 24 LPRL y 7 y 11 RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en los obras de construcción. Tras precisar la Sala que esta última norma reglamentaria resulta de aplicación prevalente sobre lo dispuesto en el RD 171/2004, de 30 de enero, de desarrollo del artículo 24 de la LPRL, cuando se trata de obras incluidas en el ámbito de aplicación del primero, se afirmará con claridad que, frente al criterio de la sentencia de instancia de absolver a la sociedad civil Vega Hermanos, promotora de la obra, porque su actividad (la ganadería) es extraña a la construcción, «el dato de no ser la construcción actividad inherente al ciclo productivo de la sociedad no la despoja de la condición de “empresario infractor” del

artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, pues lo realmente decisivo en esta materia preventiva es la constatación de la infracción por parte de aquella empresa, dentro de su ámbito de responsabilidad, más que la identidad o diversidad de las respectivas actividades (sentencias del Tribunal Supremo 7.10.2008 [r. 2426/2007], 14 mayo 2008 [r. 4016/2006], 5.5.1999 [r. 3656/1997], etc.). Así las cosas, y teniendo en cuenta la definición y consiguientes obligaciones que tanto la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, como el RD 1627/1997 establecen en relación al promotor, el pronunciamiento comentado concluirá en la responsabilidad solidaria de la mencionada empresa, pues queda constatada la «ausencia de una debida labor de coordinación y la decisiva contribución causal del defecto apuntado al resultado acaecido, a la luz del artículo 24.2 de la Ley de 1995». Igual responsabilidad alcanza, según la Sala, a la empresa Hormigones Cabello, S.A., pues, en sentido contrario a lo mantenido por el juzgador de instancia, su actividad no se había limitado al mero suministro de hormigón, sino que había abarcado también «operaciones de colaboración y de circulación por el conjunto de la obra que se llevaron a cabo sin el debido cuidado». Por el contrario, la sentencia de duplicación confirmará el fallo absolutorio recurrido en relación a la responsabilidad solidaria por el recargo de la empresa Prhoscol, S.A., argumentando que «en el recurso se le acusa de haber abandono de la obra, una vez quedó colocada y calzada con zapatas de madera la estructura que había montado. Sin embargo, su actividad contratada concluía de ese modo, siendo el derrumbe consecuencia de la acción de la hormigonera y no de una deficiente fijación de aquella. El relleno “inmediato” de los pozos con hormigón incumbía a la recurrente “Construcciones Anajube, S.L.”, por lo que la demora en esta intervención tan sólo a ella es imputable».

D) Responsabilidad por la indemnización por daños y perjuicios en caso de accidente de trabajo

La STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2012, IL J 423/2012, aborda un supuesto en el que los artículos 24.3 LPRL y 42.3 LISOS sirven de fundamento a la pretensión de los actores de extender a la empresa principal y a la empresa aseguradora la responsabilidad por las consecuencias de la muerte de un trabajador (vigilante de seguridad) mientras prestaba servicios contratado por la empresa C. Merino Control y Servicios, S.L. En concreto, las circunstancias de hecho eran las siguientes: el trabajador, vigilante de seguridad, mientras prestaba servicios en las obras del AVE que se realizaban en el municipio de Castellet i La Gornal (vigilando la zona de almacenamiento de material empleado en las obras y controlando las posibles entradas y salidas de vehículos y personas del recinto), sufrió la agresión de unos desconocidos que, con la intención de robar, entraron en la mencionada obra. Como resultado de la brutal agresión el trabajador fallece posteriormente. C. Merino Control y Servicios, S.L., que tenía suscrita una póliza de responsabilidad civil con Unión Aseguradora, Grupo Reale, había celebrado un contrato de arrendamiento de servicios con Save UTE 3 (que, a su vez, había firmado un contrato de prestación de servicios de proyecto, obra y mantenimiento de las tres subestaciones eléctricas de tracción y centros de autotransformación asociados del tramo Lleida-Barcelona de la Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera Francesa, provincias de Lleida, Tarragona y Barcelona, para las subestaciones y centros de autotransformación asociados de Espluga de Fran-

colí, La Gornal y Rubí), en virtud del cual la primera se comprometía a desempeñar una serie de servicios (control de entradas/salida de personal, vehículos, maquinaria y materiales; control del buen estado y funcionamiento de instalaciones y maquinaria; encendido y apagado de grupos electrógenos, maquinaria e instalaciones en general; control del suministro de combustible preciso para el buen funcionamiento de la maquinaria e instalaciones de obra; verificar la carga y descarga de materiales; tareas de recepción de visitantes autorizados; verificación del buen estado de los elementos integrantes de grandes obras; recepción de documentos, albaranes, partes de servicio, etc., a pie de obra) a favor de la segunda. La sentencia de instancia estimó la demanda en cuanto al *quantum* indemnizatorio y condenó únicamente a la empresa C. Merino Control y Servicios, S.L. Recurre en suplicación la parte actora con la finalidad de obtener igualmente la condena de las otras sociedades demandadas (Unión Aseguradora, Grupo Reale y Save UTE 3), mientras que la empresa condenada formula, a su vez, recurso de suplicación con la finalidad de exonerar o reducir la cuantía de su responsabilidad. La Sala desestimará el recurso de suplicación interpuesto por los actores razonando que «la responsabilidad que se establece en dicha ley [artículo 24.3 LPRL] lo es respecto del empresario principal, ahora bien, dicha norma recoge *ab initio* de la misma lo que debe entenderse como tal a efectos de la responsabilidad que petitiona la recurrente, y así se refiere al empresario principal sobre el que puede recaer la responsabilidad, al que contrata o subcontrata con otros la realización de la obra o servicio correspondiente a la propia actividad y su desarrollo en su propio centro de trabajo, por lo que, no quedando acreditado en forma alguna que la actividad de la UTE Save 3 sea la de prestar servicios de portería o control de entrada ni siquiera de vigilantes de seguridad, no puede extenderse la responsabilidad que solicita, como tampoco puede recaer ninguna en la empresa aseguradora del riesgo de aquélla».

Sobre el alcance de la responsabilidad por indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo en supuestos de contratas y subcontratas se pronuncia también la **STSJ de Asturias de 20 de enero de 2012, IL J 394/2012**, que extiende la citada responsabilidad, de forma solidaria, tanto a la empresa contratista como al empresario principal, pues «como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 5-5-1999, lo determinante es que el accidente de trabajo en el que falleció el trabajador se produjo dentro de la esfera de la responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales del empresario principal lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado; extensión que, como nos recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 10-7-2001, el artículo 24.3 impone a 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, atribuyendo a la empresa principal el deber de vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. Ahora bien, 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 resultando de aplicación el artículo 42.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social que extiende la responsabilidad de las consecuencias indemnizatorias de los daños y perjuicios sufridos tanto a la empresa contratista como a la principal. Son necesarios, pues,

tres requisitos para que surja responsabilidad a cargo del comitente por causa de infracción de las normas sobre protección durante el trabajo de la seguridad y salud de los trabajadores que afecte a operarios empleados por la empresa subcontratista: la existencia de una contrata o subcontrata; que el objeto de éstas consista en la ejecución de la actividad propia de la empresa principal; y que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicha empresa principal. Los tres requisitos concurren en el caso por lo que decae el razonamiento de la recurrente en este punto».

E) Sucesión de contratas y sucesión de empresa

Véase apartado 6.B).

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Existencia de cesión ilegal de trabajadores en los casos de contratos de puesta a disposición de carácter fraudulento

La reproducción de la doctrina unificada del Tribunal Supremo acerca de la aplicación de lo previsto en el artículo 43 ET a los supuestos de utilización indebida del contrato de puesta a disposición por parte de una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria conduce a la **STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2012, IL J 421/2012**, a estimar el recurso de suplicación interpuesto por el Departamento de Trabajo de la Generalitat de Catalunya contra la sentencia del correspondiente juzgado de lo social, razonando que «1) la provisión de fuerza de trabajo a empresas usuarias por medio de empresas de trabajo temporal es en nuestro derecho la excepción a la norma general de la ilegalidad de la cesión de trabajadores, y como tal regla de excepción debe ser interpretada de manera estricta; 2) los incumplimientos de las obligaciones contraídas con el trabajador en estos casos pueden derivar bien de una decisión adoptada por la ETT, bien de un ejercicio irregular del poder de dirección atribuido a la empresa usuaria, bien de la combinación de actos de infracción de una y otra; y 3) la formulación literal del precepto del art. 43.1 ET, donde se acepta en principio la licitud de la intermediación de las empresas de trabajo temporal, precisa que tal intermediación para ser lícita obliga a que ambas empresas implicadas se atengan «a los términos que legalmente se establezcan». De tal modo la cesión ilegal es también posible cuando se produce con intervención de una ETT, pues éstas excluyen su existencia solo en el supuesto en el que su actuación se someta a los supuestos legales que justifican su actuación, que es específicamente la concertación de un contrato temporal, pero en modo alguno en los supuestos en que desviándose de este objetivo, conciertan de modo fraudulento contratos de carácter permanente, que además nada tienen que ver en su objeto con el trabajo efectivamente realizado. En tales supuestos existe, conforme al principio legal de prohibición de la interposición, cesión legal de trabajadores, en los términos especificados».

Con similar línea argumental, la **STSJ de Asturias de 4 de noviembre de 2011, IL J 304/2012**, tras declarar el carácter temporal del contrato de puesta a disposición y la necesidad de una fundamentación causal para su celebración consistente en la satisfacción

de necesidades temporales de mano de obra por parte de la empresa usuaria, mantendrá la posibilidad de la incursión en la conducta ilícita del artículo 43 ET por parte de las empresas de trabajo temporal, razonando que «no cabe olvidar que el Art. 43 ET opera bajo la técnica de regla y excepción de suerte que la regla sigue prohibiendo la cesión; “excepto en el caso de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas”; de suerte que las relaciones triangulares de trabajo, para nuestro ordenamiento jurídico, siguen siendo una práctica en principio, y como regla general, prohibida. Y sólo la ETT podrá realizar legalmente esta actividad, si se encuentra autorizada para ello; habiendo precisado en este sentido la jurisprudencia (STS de 28 septiembre 2006, rec. 2691/2005) que, no siendo lo dispuesto en el artículo 16 Ley empresas de trabajo temporal excepción a lo dispuesto en el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores, resulta integrante de la cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el contrato de puesta a disposición se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del artículo 6.4 Código Civil; y ello con independencia de que exista connivencia o no de la ETT con la empresa usuaria».

5. CESIÓN ILEGAL

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

En anteriores ocasiones ya tuvimos ocasión de apuntar que la modificación normativa operada en el artículo 43.2 ET por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, en orden a recoger positivamente parte de los ya consolidados criterios jurisprudenciales delimitadores de la diferenciación entre la lícita contrata de servicios y la prohibida cesión ilegal de trabajadores («En este precepto se recogen en *numerus apertus* las circunstancias que habían sido creadas por la jurisprudencia para apreciar la cesión ilegal, pero sin restringirla sólo a éstas» —**STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 2011, IL J 297/2012**—), amén de resolver puntuales supuestos conflictivos y dotar de mayor seguridad jurídica la labor interpretativa, difícilmente serviría para disminuir la abundante litigiosidad existente en relación a esta cuestión. El tiempo nos va dando la razón, pues es habitual que en cada crónica tengamos que dedicar una especial atención a los numerosos pronunciamientos judiciales recaídos en el período temporal examinado acerca del deslinde entre los fenómenos ilegales del tráfico de mano de obra y los propios de la descentralización productiva. 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. La decisión sobre el particular está dotada de una alta dosis de casuismo, pues debe venir presidida por un análisis preciso de las circunstancias que rodean la concreta prestación de servicios del trabajador, de las relaciones efectivamente establecidas entre él y las empresas que figuran como comitente y contratista y de los derechos y obligaciones derivados del nexo contractual existente entre estas últimas (**STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 2011, IL J 297/2012**). A todo ello se une que, en muchas ocasiones, especialmente en el ámbito de la Administración Pública, donde la contratación directa de trabajadores está revestida de singulares requisitos y garantías, el recurso a la eventual contrata es una vía rápida y

aparentemente más inocua de dotación de personal. De la siempre abundante doctrina judicial sobre el tema se extraen en los últimos tiempos dos consideraciones frecuentes y fundamentales, a saber, la de la necesidad permanente de atender a las circunstancias de hecho presentes en cada supuesto («partiendo de la individualización de cada caso a enjuiciar» —**STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2012, IL J 533/2012; STSJ de Madrid de 13 de enero de 2012, IL J 410/2012**—) y la de la paulatina superación de las situaciones conflictivas derivadas de la presencia de pseudocontratos, con empresas contratistas ficticias o sin sustrato real, por otras donde queda constatada la existencia de dos empresas con organización productiva propia y real. En estos casos, la doctrina de suplicación apelará recurrentemente al criterio del verdadero titular y ejecutor del poder de dirección para determinar si se trata o no de un supuesto de cesión ilegal de trabajadores («el trabajador pertenecerá a la empresa en cuya esfera organicista, directiva y disciplinaria se encuentre integrado» —**STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 2011, IL J 297/2012**—). Y en este discurrir, algunos Tribunales Superiores de Justicia han afinado el criterio distinguiendo entre la denominada gestión empresarial mediata (o poder empresarial de carácter mediato) y la llamada gestión empresarial inmediata (o poder empresarial de carácter inmediato). Esta última, que se referiría a las potestades empresariales necesarias para la gestión diaria de la actividad (tales como la determinación del horario diario o semanal, la emisión de órdenes o instrucciones concretas sobre el cumplimiento de las obligaciones e incluso la vigilancia y control del trabajador para verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales) no determinaría por sí sola la presencia de cesión ilegal, sino que habría de atenderse a la gestión empresarial mediata, en donde se enmarca tanto el poder disciplinario del empresario como otros determinantes, tales como el de la concesión de vacaciones y permisos, prevención de riesgos, etc. (**STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2012, IL J 533/2012**).

Como la argumentación y razonamiento jurídicos de las diversas sentencias que en el período examinado aluden a esta temática son muy similares en todas ellas, pues recogen la ya muy consolidada doctrina jurisprudencial —en parte hoy criterio legal—, sobre el particular, pasamos a exponerlos y resumirlos de forma conjunta. Así, se recuerda que:

— La premisa general es que el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva (**STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 2011, IL J 297/2012; STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2012, IL J 544/2012; STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2011, IL J 329/2012**).

— Lo que contempla la prohibición legal es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo (art. 43 ET). La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1.º) Un acuerdo entre los dos empresarios, el real y el formal, para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial. 2.º) Un contrato simulado entre el empresario formal y el trabajador. 3.º) Un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal (**STSJ de Galicia de 8 de febrero de**

2012, IL J 533/2012; STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2012, IL J 544/2012; STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2011, IL J 329/2012).

— Ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores. El Estatuto de los Trabajadores bajo el concepto común de cesión regula en realidad fenómenos distintos y, entre ellos, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios (**STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2012, IL J 533/2012; STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2012, IL J 544/2012**).

— Como en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio se dificulta notablemente diferenciarla de la cesión ilegal. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, que llevan a determinar el «empresario efectivo»: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios; el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva, etc. (**STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2012, IL J 533/2012; STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 2011, IL J 297/2012; STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2012, IL J 544/2012; STSJ de Madrid de 11 de enero de 2012, IL J 407/2012; STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2011, IL J 329/2012**).

— Lo anterior no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial (**STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 2011, IL J 297/2012; STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2012, IL J 544/2012; STSJ de Madrid de 11 de enero de 2012, IL J 407/2012; STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2011, IL J 329/2012**).

— Por ello, con mayor precisión, se ha sostenido que la línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de pseudocontrata o cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo, analizando en el caso concreto si el cedente actuaba o no realmente como verdadero empresario (**STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2012, IL J 430/2012**), debiendo ponderarse al respecto el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita (**STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 2011, IL J 297/2012**). La actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la

empresa principal (STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 2011, IL J 297/2012; STSJ de Madrid de 13 de enero de 2012, IL J 410/2012; STSJ de Madrid de 11 de enero de 2012, IL J 407/2012).

— Desde el punto de vista de la acreditación de la presencia de la figura lícita de la contrata, hay que destacar que el dato de que la actividad desarrollada por la empresa contratista pertenezca o forme parte de la propia actividad de la empresa principal no es de por sí una situación jurídicamente ilegal, por cuanto «integra el objeto mismo del supuesto de hecho de la subcontratación regulado en el artículo 42 ET. En los supuestos de subcontratación de obras y servicios, el trabajador de una empresa contratista, además de entablar contacto con los empleados de la empresa comitente, puede o ha de conocer la “dinámica empresarial” de ésta, introduciéndose a veces “en toda la gama de comunicaciones que existen” dentro de la misma. Por otra parte, la subcontratación lícita de obras o servicios regulada en el art. 42 ET no ha de supeditarse a un “objeto residual” o “accesorio”, sino que puede afectar a tareas productivas o administrativas más próximas al núcleo de la actividad empresarial» (STSJ de Madrid de 11 de enero de 2012, IL J 407/2012).

— La finalidad del artículo 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le correspondan, evitando que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores, y de ahí la opción que concede el artículo 43 ET (STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2012, IL J 533/2012; STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2012, IL J 544/2012; STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2011, IL J 329/2012).

— Se podrá afirmar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación empresarial en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar a otra empresa mano de obra, sin poner en contribución los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial, debiendo aseverarse que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesarias para el desarrollo de tal servicio (STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2012, IL J 430/2012; STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 2011, IL J 297/2012; STSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 2011, IL J 287/2012).

— La cesión se contempla no ya como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias como en un primer momento se entendió, sino como una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales (STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 2011, IL J 297/2012).

— Según la jurisprudencia más reciente dictada con respecto a las encomiendas suscritas por Administraciones Públicas (STS 27/01/11 —rec. 1784/10—), la presencia de mandos intermedios de la empresa cedente no es un dato relevante para descartar la existencia de una cesión ilegal, cuando haya habido una abdicación por parte de la empresa contratis-

ta de sus facultades empresariales y el propio mando intermedio aparece cedido (**STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 2011, IL J 297/2012**).

La proyección de los anteriores criterios al caso de autos lleva a los diversos pronunciamientos analizados a los siguientes resultados: la **STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2012, IL J 533/2012**, afirma la existencia de cesión ilegal entre las empresas Arquitectura de Interior Creativa y Con Soluciones Consultores Comerciales, S.L. (grupo de empresas cedente) y la Xunta de Galicia (cesionaria), dado que queda acreditado que «el actor desarrollaba su prestación en las dependencias de la Consellería demandada, siendo esta quien le proporcionaba todos los materiales y medios para el trabajo; servicios que además prestaba junto con personal de la Consellería demandada, con quienes consensuaba sus vacaciones; indica además la sentencia que el actor, en su quehacer diario, recibía las indicaciones del personal de la Consellería, sin que personal de las empresa por las que figuraba formalmente contratado le hubiera nunca realizado comunicaciones al respecto o hubiese comparecido por las dependencias en las que trabajaba el actor, por lo que no existen evidencia de que estas empresas hubieran puesto en funcionamiento su organización empresarial o hubieran mantenido el control de la actividad del actor, siendo meros empresarios formales cuya única función fue la cesión de mano de obra (la del actor) a favor de la Xunta de Galicia, conducta prohibida por el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores».

Idéntica conclusión alcanza la **STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2012, IL J 430/2012**, respecto a las relaciones entre la empresa Vigilantes Seguridad Exprés, S.A., que ocuparía la posición de cedente, y el Ayuntamiento de Barcelona (Parques y Jardines), que sería la cesionaria, pues «es evidente que la empresa contratista Vigilantes de Seguridad Express SA no ponía en juego su organización y estructura empresarial, si se tiene en cuenta: 1.º) Sus trabajadores realizaban las mismas funciones que el personal del Ayuntamiento como “informadores-controladores”, esto es, el control de empresas a fin de comprobar que cumplen con las condiciones adecuadas en tema medio ambiental; 2.º) Que llevaban a cabo sus tareas junto al personal del Ayuntamiento, en la misma estancia, con distintas mesas de trabajo, una por cada trabajador; 3.º) Que el personal del Ayuntamiento hacía el mismo horario de mañana que el de la empresa codemandada; 4.º) Que el material de oficina era aportado por el Ayuntamiento para todos los trabajadores, incluidos los de la contratista; 5.º) Que en la central de operaciones no existía supervisor de las actividades del personal de la contratista, siendo el Sr. Teófilo, empleado municipal, la persona que aparece identificada como responsable del centro de operaciones y supervisor de las tareas de todo el personal del centro; y 6.º) El vínculo de la empresa codemandada respecto del personal destacado en dicho centro se manifiesta en el abono del salario, de la cotización social, en la concesión de permisos, licencias y premios, así como en el ejercicio de la potestad disciplinaria. Todos estos datos e indicios permiten concluir que la contratista se limitó a poner a sus trabajadores a disposición del Ayuntamiento de nuestra ciudad, que es quien de verdad organiza y dirige su trabajo, realizando aquellos principalmente, pese a lo afirmado en la contrata mercantil, las mismas labores que el personal municipal del centro de operaciones, sin aportar la empresa demandada los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial, utilizando los medios materiales de la principal, lo que permite apreciar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores en los términos previstos en el artículo 43 ET, sin que tal conclusión quede enervada por el hecho de que los empleados de la contratista tuvieran

un salario, abonado por la empresa, que los tenía de alta en SS cumpliendo sus obligaciones de cotización, etc., pues eso mismo es lo que permite a los trabajadores contratados por las empresas de trabajo temporal no estar inmersos en la ilegalidad, ni tales datos son bastantes ni suficientes para otorgar a Vigilantes Seguridad Express SA el carácter de verdadero empleador en el caso de autos, al no poseer otros muchos poderes y capacidades propios de todo empresario... para que pueda hablarse verdaderamente de un contratista real, al mismo le debe corresponder la organización, el control y la dirección de la actividad, lo que aquí, con toda evidencia, a tenor de los hechos probados, no se da».

Por su parte, la **STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 2011, IL J 297/2012**, concluirá igualmente en la existencia de cesión ilegal entre la empresa de Transformación Agraria, S.A. (Tragsa) y la Xunta de Galicia, al haberse constatado que «primero, las órdenes e instrucciones las reciben de los agentes forestales (personal de la XG); segundo, tienen que coordinar sus vacaciones, días de asuntos propios, ausencias, licencias, etc., con aquéllos; tercero, los cuadrantes, hojas de trabajo y planificación se hace por la XG; cuarto, la jefe de obras de la contratista se desplaza en alguna ocasión a la Isla de Ons; y cuarto, la mayor parte del material y medios necesarios para realizar la actividad se proporciona por el MMA [Ministerio de Medio Ambiente] y por la XG. De todo ello se desprende... que debe calificarse las contrataciones entre las codemandadas como fenómeno interpositorio de carácter jurídico determinante de una cesión ilegal, y ello por cuanto el trabajador demandante ha permanecido dentro del ámbito del poder de dirección de la Xunta de Galicia, que en todo momento ha actuado como su verdadera y real empleadora, limitándose la entidad Tragsa a ejercer como empresaria meramente formal, al no poner en juego su organización ni instrumento alguno de dirección u organización del trabajo de la actora, dejando de ejercer la condición de empresas en su aspectos propios y definitorios».

Y también declarará la existencia de cesión ilegal de mano de obra entre la Sociedad de Desarrollo Económico de Umbrete, S.L. (Sodeum) y el Ayuntamiento de Umbrete la **STSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 2011, IL J 287/2012**, argumentando que el trabajador cedido «desde el inicio de su relación laboral ha prestado servicios en dependencias del Ayuntamiento, en concreto en las nuevas instalaciones municipales que utilizaban, conjuntamente, los servicios municipales de Jardinería, Obras y Servicios, Limpieza Viaria y la empresa municipal Sodeum, donde contaba con despacho y medios materiales para el desarrollo de su actividad, recibiendo órdenes de quien ostentaba la doble condición de Consejero Delegado de Sodeum y 1.º Teniente de Alcalde, y resultando evidente que el objeto real de la encomienda celebrada entre la Corporación y la empresa municipal “Sodeum” no fue sino la prestación de servicios del trabajador demandante, contratado..., justamente en la misma fecha en que el Ayuntamiento efectuó esa encomienda verbal del servicio de jardinería a Sodeum y cesado por ésta el 14/04/2010, con efectos de 27/04/2010, por finalización de la obra o servicio contratado, derivada de la revocación de la encomienda de jardinería. De los hechos probados no se desprende que en relación con el servicio de jardinería exista prestación alguna por parte de la empresa municipal Sodeum, distinta a la prestación del actor, que constituya el objeto de la encomienda celebrada entre ambos empleadores y que la diferencie netamente de una mera puesta a disposición de trabajadores, deduciéndose por el contrario que el actor no dirige personal de Sodeum sino del servicio de jardinería del Ayuntamiento, y que, por tanto la encomienda no es tal, puesto que no comprende el servicio íntegro de jar-

dinería sino que, en realidad, a través de la misma lo que se hace es contratar un Jefe para ese servicio, resultando de todo punto irrelevante si la sociedad municipal Sodeum dispone o no de estructura organizativa propia como empresa y no constituye una mera ficción, puesto que, como ha puesto de relieve la jurisprudencia, lo verdaderamente importante a los efectos de determinar si ha habido o no cesión ilegal, es si dicha estructura organizativa ha entrado o no en juego en la prestación contratada entre las empresas, de forma que, una empresa, aun cuando sea real y disponga de una estructura material propia, puede ser cesionaria de mano de obra cuando en la prestación de un supuesto servicio a otra tercera se limita a poner a disposición de esta última trabajadores sin que su estructura material u organizativa juegue papel alguno en la organización y contenido de la prestación pactada, como aquí ha ocurrido».

Para la **STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2011, IL J 329/2012**, también se aprecia el fenómeno interpositorio en las relaciones mantenidas entre el Instituto Español de Oceanografía (IEO) y el Consorcio de Servicios, S.A., al haberse acreditado que «la empresa cedente es una empresa real... pero que no ha puesto en juego ni una mínima organización productiva, a salvo de la propia trabajadora demandante, pues como afirma el juez de instancia, un encargado de la contratista pasaba de vez en cuando... de modo que no existía la figura habitual entre contratista y principal de coordinador o interlocutor con la principal. En segundo lugar, si bien se halla justificada la contrata desde el punto de vista técnico pues se trata del servicio de atención telefónica y por ello se explica, además, su presencia física en el centro de trabajo de la principal, también se ha acreditado que la actora llevaba a cabo labores permanentes y habituales de la principal por encima o excediendo de las que eran propias de la contrata; ... De la misma manera y con relación a la aportación de medios propios, todo el material de oficina era aportado por la principal y la actora disponía incluso de una dirección de correo electrónico del propio Instituto. De este modo la integración de la actora en el IEO fue total hasta el punto de que coordinaba sus vacaciones con el personal del mismo y aunque se la intentó distinguir del resto del personal de la principal a través del uso de uniforme, habitualmente no lo usaba. En fin, por lo expuesto, la Sala concluye... que en efecto ha existido una cesión ilegal entre las codemandadas Consorcio de Servicios, S.A. y el IEO».

Finalmente, la existencia de cesión ilegal del trabajador por parte de la empresa Contactel Teleservicios S.A. al Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana será igualmente la conclusión alcanzada por la **STS de 27 de febrero de 2012, u.d., IL J 354/2012**, que, frente a la argumentación de la recurrente en relación a la existencia real de la empresa Contactel Servicios, S.A., la justificación técnica de la contrata y el control y dirección del trabajo realizado, razonará que no ha se han acreditado los elementos necesarios para determinar que la nota de dependencia se producía entre Contactel Servicios, S.A. y la trabajadora demandante, sino que, al contrario, se llega a la conclusión de que tal dependencia se producía entre el Ayuntamiento y la mencionada trabajadora. Reiterando pronunciamientos precedentes del Alto Tribunal referidos a la misma entidad local (si bien respecto a una empresa diversa —véase al respecto la crónica núm. 47—), la Sala señalará que la empresa contratista «no ha puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva ni su gestión empresarial. Esa gestión ha sido la meramente interpositoria de abonar formalmente los salarios. La prestación de servicios se ha realizado en los locales del ente público cesionario, utilizando sus medios y bajo las órdenes de personas del

Ayuntamiento. Por ello, es irrelevante que no se haya acreditado el carácter ficticio de la empresa contratista, pues la interposición existe por el mero de hecho sustituir esa empresa al empleador real —el Ayuntamiento— en el contrato de trabajo suscrito... Frente a ello no cabe alegar los términos del contrato administrativo entre el Ayuntamiento y la empresa cedente, en orden a exonerar al primero de sus responsabilidades, pues es obvio que tales cláusulas ni pueden obligar a terceros (art. 1257 Código Civil), ni pueden vulnerar preceptos legales imperativos. Por otra parte, no cabe confundir las denominadas prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos y, en concreto, las facultades de dar instrucciones al contratista (arts. 213 y 281 Ley de Contratos del Sector Público) y de vigilar la ejecución del contrato (arts. 232 y 255 de la citada Ley) con lo que aquí se ha producido: la dirección directa y exclusiva de la prestación de trabajo por el Ayuntamiento recurrente. Tampoco puede hablarse de una justificación técnica de la contrata cuando lo único que ha habido es un mero suministro de mano de obra».

A una solución diversa llegarán la **STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2012, IL J 544/2012**, la **STSJ de Madrid de 13 de enero de 2012, IL J 410/2012**, la **STSJ de Madrid de 11 de enero de 2012, IL J 407/2012**, y la **STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2012, IL J 528/2012**. En la primera de las citadas, la Sala, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador frente a la sentencia de instancia que, a su vez, desestimó la demanda por él interpuesta contra las empresas Atlas España, S.A., Atlas Galicia, S.L., Atlas Media S.A.U., Voz Audiovisual S.A., V.A.V. Compañía de Producciones, S.L., y estimó la interpuesta contra Lavinia TV Audiovisual Multiplataforma, S.L., concluirá que en el caso de autos no se produce el fenómeno prohibido pues, de acuerdo con los hechos probados: «A) Para la realización de sus funciones, el actor disponía de todos los medios materiales y elementos de trabajo suministrados por Lavinia..., sin que conste que ninguna otra de las empresas demandadas aportase ningún tipo de material o medios para la ejecución de los trabajos propios del actor. B) En cuanto a las órdenes de trabajo, elemento decisivo para determinar el poder de dirección, en el mismo hecho probado cuarto se declara que “... *sus superiores inmediatas, de las que recibía las instrucciones y órdenes de trabajo, eran la jefa de redacción, Celia y/o la jefa de producción, Dulce*”, estas personas, que si bien inicialmente fueron trabajadoras de Atlas Media, sin embargo, desde febrero de 2007 pasaron a ser trabajadoras y personal de Lavinia, así consta en los contratos de trabajo celebrados en la fecha indicada (febrero de 2007), habiendo sido despedidas de Atlas Media en fecha 11 de febrero de 2007. Consecuentemente, las órdenes de trabajo eran encomendadas por personal de la empresa Lavinia desde primero del 2007, y en el momento de la extinción del contrato del actor. C) El horario de trabajo del actor desde febrero de 2007 lo establecía personal de Lavinia. D) Las vacaciones y permisos solicitados por el actor, desde febrero de 2007, en que pasó a depender de la empresa Lavinia, eran concedidos por personal de esta empresa... E) Quien pagaba los salarios y Seguridad Social del demandante era la empresa Lavinia. En resumen, teniendo en cuenta que la gestión y la actividad realizada por el actor no se controla por las empresas codemandadas Atlas España S.A., Atlas Galicia S.L., Atlas Media, S.A.U., Voz Audiovisual S.A., V.A.V. Compañía de Producciones, S.L., sino por la empresa para la que viene prestando servicios desde febrero de 2007, la codemandada TV Audiovisual Multiplataforma, S.L., empresa real, con organización y patrimonio propio, a la que pertenecen todos los medios materiales puestos a disposición del actor, siendo su personal quien le impartía las órdenes

de trabajo, todos estos datos evidencian la plena sujeción y supeditación del demandante al ámbito rector y organicista de la referida empresa Lavinia, dándose la ausencia de toda vinculación real del trabajador con aquellas otras empresas, lo que pone de manifiesto la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra».

El supuesto de hecho analizado en la **STSJ de Madrid de 13 de enero de 2012, IL J 410/2012**, que llega a la misma conclusión de la inexistencia de cesión ilegal de mano de obra, es el siguiente: El Organismo Informática Ayuntamiento de Madrid (IAM) suscribió con la empresa Cibernos Consulting, S.A. una contrata para la ejecución de diversos servicios informáticos del Ayuntamiento de Madrid; contrata que finalizó el 3/12/08. El 1/1/09 el citado órgano administrativo suscribió otra contrata con Fujitsu Services, S.A. para la realización de actividades informáticas en el Ayuntamiento de Madrid. Las dos empresas citadas contrataron al Sr. Luis Francisco como técnico de sistemas; la primera, bajo la modalidad de contrato para obra o servicio determinado vinculado a la ejecución de la indicada contrata; la segunda, con contrato indefinido. En noviembre de 2009 el mencionado trabajador formuló demanda contra el Organismo Autónomo y las dos empresas referidas solicitando se declarase la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre el Organismo Autónomo Informática Ayuntamiento de Madrid, como empleadora cesionaria, y las empresas Cibernos Consulting, S.A. y Fujitsu Services, S.A., como empresas cedentes, e, igualmente se declarase, por imperativo del artículo 43.3 ET, su condición de trabajador por tiempo indefinido del Organismo Autónomo Informática Ayuntamiento de Madrid. Desestimada la demanda por el Juzgado de lo Social, recurre el trabajador en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia. La Sala confirmará la sentencia de instancia tras el análisis detenido de cuatro aspectos concretos de la relación laboral: el contenido de la contrata suscrita entre Fujitsu y el Organismo Autónomo, los medios materiales empleados por el trabajador para la prestación de sus servicios, el relativo al tiempo de realización del contrato y las instrucciones sobre el trabajo material que debía desarrollar el trabajador. Desde estas consideraciones, se afirmará que «queda claro que la contrata suscrita entre “Fujitsu” y el Organismo codemandado es de una entidad muy relevante... y su objeto consistió en la implantación y explotación del centro de soporte a la informática y a las comunicaciones del Ayuntamiento de Madrid, para cuya ejecución la citada contratista *“ha diseñado la personalización del software de BCM”*, lo cual implica la implantación de unas herramientas informáticas y el control de unas incidencias que ha supuesto el desplazamiento material de 5 trabajadores de “Fujitsu” (entre ellos el recurrente) a la sede material de la empresa principal... En cuanto a lo segundo, no parece dudoso que entre los medios materiales precisos para la ejecución de esa contrata el elemento material esencial es el propio programa informático diseñado por la contratista, como tampoco ofrece duda que, si de lo que se trata es de desarrollar el sistema informático del Ayuntamiento de Madrid, los ordenadores por medio de los cuales se ejecuta ese programa tienen que ser los usados por esa Administración, como también las sillas y mesas que emplean los trabajadores de la contratista en la sede de la empresa municipal... En cuanto a lo tercero, tampoco es relevante que el horario laboral del recurrente coincida con el de la empresa principal pues es del todo razonable que, si los trabajadores de esta última tienen algún incidente durante su jornada laboral en el programa informático instalado por “Fujitsu”, los técnicos de esta empresa sean los encargados de solucionar las incidencias de ese programa. Cuestión distinta es la relativa a los permisos

de trabajo. En este punto hemos indicado que las vacaciones anuales son concedidas por “Fujitsu”, si bien se ponían en conocimiento de la empresa principal... Por lo que afecta a los permisos puntuales, ha quedado constancia... que el recurrente dirigió 3 mails al personal del Organismo Informático, de los cuales dos no consta contestación alguna (lo que es indicativo de que no era ese Organismo quien tenía que responder lo que ahí se planteaba), pero sí del tercero, donde se manifestó que no había inconveniente que el recurrente tomase libre parte de la jornada del día 23, como también consta... que las ausencias imprevistas debían informarse a personal del citado Organismo. No tenemos más datos ni podemos, por tanto, presumir que esas ausencias urgentes fueran autorizadas por el “IAM”, sino sólo que precisaba conocerlas para su debido funcionamiento, de modo que el peso específico de esta decisión en orden a determinar si hay o no cesión ilegal sólo puede considerarse ponderando el resto de elementos de los que disponemos... Resta por examinar el punto referido a las instrucciones sobre el contenido del trabajo material que debía desarrollar el recurrente, que, a nuestro criterio, es el punto más relevante en la materia... si las instrucciones impartidas por IAM al recurrente son las que indica el citado fundamento de derecho (emisión de órdenes para comprobar que el trabajo realizado se acomoda a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas), no puede entenderse que el poder de dirección empresarial fuera ejercido por el IAM».

La determinación de a quién corresponde y quién ejercita realmente los poderes de dirección y organización del trabajo se convierte en el elemento clave argumental utilizado por la **STSJ de Madrid de 11 de enero de 2012, IL J 407/2012**, para descartar la existencia de cesión ilegal en el supuesto enjuiciado. Se da la particularidad de que en el caso de autos no se trataba propiamente de una contrata sino de una especie de autorización concedida por el Ministerio en virtud de la cual, y a solicitud de la empresa Acuamed, la trabajadora demandante fue autorizada para acudir a las dependencias del Ministerio con objeto de agilizar la tramitación de los expedientes relativos al convenio suscrito entre dicho Ministerio y la mencionada empresa, cuyo retraso afectaba a la propia actividad de esta última. Ante la imposibilidad de acudir, por tanto, a criterios de valoración como el de la justificación técnica de la contrata o el de la autonomía de su objeto para determinar si existía o no cesión ilegal en el caso examinado, la Sala recurrirá al análisis de otros elementos «más esenciales», «por cuanto lo más relevante a efectos de la cesión es la determinación de si la organización empresarial de la empresa que aparece como “cedente” se ha puesto en juego porque si no es así debe concluirse que la actividad se ha limitado a un puro y simple suministro de mano de obra». Desde esta perspectiva la actuación de la empresa Acuamed durante el desplazamiento de la trabajadora demandante al Ministerio se convertirá en el elemento clave de calificación, comprobándose a tales efectos que «la actora estaba sujeta en su jornada y horario a lo establecido en las normas internas de Acuamed, disfrutando de los días de permisos propios de esta empresa, que era la que controlaba su horario y fijaba su calendario laboral, percibiendo un complemento por posibles alteraciones horarias a causa de su desplazamiento, no dependiendo del Ministerio sino de Acuamed en lo que respecta a las vacaciones, bajas por enfermedad, visitas médicas y demás, disfrutando de los seguros médicos de Acuamed, por cuya cuenta pasaba los reconocimientos médicos correspondientes, remitiendo a la citada empresa mensualmente una liquidación de gastos para su abono. Por otro lado Acuamed cuenta con una organización y actividad propia que no se ha cuestionado y si bien es cierto que en la tramitación especí-

fica de los expedientes se llevaba a cabo conforme a los criterios fijados por el Ministerio, ello no podía ser de otro modo, por ser expedientes administrativos y tener que otorgarse a los mismos una tramitación legal... Si lo relevante es que la empresa empleadora de la trabajadora ejerza los poderes de dirección, esta circunstancia concurre en el presente supuesto por cuanto organiza los permisos, licencias, vacaciones, gestiona incidencias y en suma, ejerce su potestad de organización limitándose el Ministerio a autorizar el desplazamiento de la demandante para agilizar la tramitación de los expedientes en el propio beneficio de su empleadora, siendo lógico que los medios informáticos y el horario de permanencia en las instalaciones así como la propia dinámica de tramitación, se fije por el Ministerio pues es, en definitiva, donde la demandante se ha desplazado sin que por otro lado, se aprecie ni se haya declarado probada otra integración con el personal del Ministerio o actuación alguna en sustitución del mismo, o confusión de otro tipo, ni recepción de órdenes específicas que permita pensar en la realidad de la cesión que se solicita por existir una identidad entre el personal laboral del Ministerio y la trabajadora demandante».

Finalmente, la **STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2012, IL J 528/2012**, revocará parcialmente la sentencia de instancia que había declarado la existencia de cesión ilegal entre la empresa Suministros, Importaciones y Mantenimientos Electrónicos, S.A. (Sermicro) y la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (ICM), utilizando como mecanismo expositivo y de argumentación previo la reproducción de sendos pronunciamientos previos de la Sala que, en asuntos muy similares al enjuiciado, llegaban a fallos diversos. Para la sentencia que comentamos, es más convincente la postura del pronunciamiento de la Sala que descartaba la existencia de cesión ilegal, señalando que «no es relevante, porque es una consecuencia absolutamente lógica, que el servicio y que todo el trabajo del actor se desarrolle en las dependencias de los Juzgados de lo Penal de Madrid, ni que obviamente utilice en la realización del servicio (grabaciones de las vistas), los medios facilitados por la Comunidad de Madrid. Tampoco tiene el alcance que la sentencia otorga, el hecho de que el trabajador goce de autonomía en el desenvolvimiento de sus funciones ni que las incidencias al final sean las que se precisen a indicación del ICM. En el caso, existe una empresa que envió a un coordinador (con independencia de que fuera escaso el periodo de tiempo que coincidió con el actor), que se dedicaba a organizar vacaciones, decidir el procedimiento en casos de audiencias, asignaciones de puestos de trabajo y reunirse con el cliente, esto es ICM, para explicar el seguimiento del servicio, lo cual descarta sin más, la cesión ilegal que la sentencia de instancia declara».

B) Rotación de trabajadores entre empresas de un grupo y cesión ilegal

Véase apartado 2.C).

C) Posibilidad de alegar la existencia de cesión en el proceso por despido para conseguir la condena solidaria de cedente y cesionaria

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha afirmado la posibilidad de que, cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, el trabajador puede alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias de dicho despido. Tal doctrina es recordada por sendos pronuncia-

mientos recaídos en el período analizado, a los que ya nos hemos referido, en concreto por la **STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 2011, IL J 297/2012**, y la **STSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 2011, IL J 287/2012**. Se señala en tales pronunciamientos que la alegación en el proceso por despido de existencia de una cesión ilegal del trabajador despedido constituye una cuestión previa cuya resolución es determinante del contenido del fallo, no una acumulación de acciones prohibida por la Ley de la Jurisdicción Social, porque si bien es cierto que la acción declarativa de la existencia de cesión ilegal requeriría que la relación laboral se mantuviese vigente, «ello no es obstáculo para que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido, pues no cabe ignorar la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente. En tales casos es evidente que la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible» (**STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 2011, IL J 297/2012**). En general sobre los requisitos del ejercicio de la acción de fijeza reconocida en el artículo 43.4 ET a favor del trabajador cedido ilegalmente, véase también apartado siguiente.

D) Efectos de la cesión: ejercicio del derecho de opción en supuestos de demanda de oficio de la autoridad laboral a resultados de procedimiento administrativo sancionador

El artículo 43.4 del ET reconoce al trabajador sometido a cesión ilegal el derecho a adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Las condiciones y requisitos en que tal derecho debe ejercitarse han sido perfilados por la jurisprudencia, que reiteradamente ha indicado que para poder ejercitar la opción de fijeza es necesario que la relación laboral esté vigente en el momento de interposición de la demanda, de modo que concluida la cesión no cabe el ejercicio de la acción de fijeza aunque aquélla haya sido ilegal. Así lo recuerdan la **STSJ de Madrid de 13 de enero de 2012, IL J 410/2012**, a la que ya hemos aludido en otro apartado de esta crónica, y la **STSJ de Galicia de 3 de febrero de 2012, IL J 519/2012**. Ahora bien, como precisa la **STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2012, IL J 421/2012**, tal doctrina no resulta aplicable en el supuesto en el que se interpone una demanda de oficio por parte de la Autoridad Laboral, a fin de que se declare por la jurisdicción laboral la existencia de una cesión ilegal, que ha sido negada por la empresa en el trámite administrativo de imposición de sanción. En este caso, razona la Sala, «ha de exigirse que el contrato esté vigente en el momento al que el procedimiento sancionador se refiere, pero no en modo alguno con posterioridad y especialmente cuando se interpone la demanda, pues bastaría al efecto que las entidades sometidas a expediente sancionador extinguieran el contrato por cualquier medio con la trabajadora o incluso cumplieran sólo a partir de aquel momento con la legalidad, una vez hayan sido descubiertos por la Inspección, para que hubiera de quedar sin efecto el procedimiento sancionador bajo la excusa de que la relación laboral ya no existía en el momento del inicio del proceso judicial... En definitiva, la exigencia de que la relación laboral subsista en el momento de la interposición de la demanda es un requisito no exigido por la norma y que interpretado en el sentido que pretenden las demandadas ofrece a

las empresas supuestamente infractoras de las normas laborales la posibilidad de liberarse completamente de cualquier responsabilidad, bien mediante el cumplimiento posterior de la norma solo una vez que han sido descubiertas y en el caso de que lo sean, o bien pura y simplemente mediante la extinción de la relación laboral una vez detectada la falta. Es obvio que tal interpretación desvirtúa por completo la potestad sancionadora del Estado por faltas laborales, y propicia de forma directa el fraude».

E) Efectos de la cesión: Responsabilidad solidaria de la empresa cedente y cesionaria por las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido; ejercicio de la opción de fijeza en supuestos de Administraciones Públicas

Aceptado, en los términos más arriba indicados, que en el proceso de despido puede analizarse como cuestión previa la posible existencia de cesión ilegal y una vez concluido que tal cesión se ha producido, resta por determinar las consecuencias anudadas a tal determinación. A ello se refiere la **STSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 2011, IL J 287/2012**, a la que ya hemos aludido en apartados precedentes, que indica que, en tal caso, las responsabilidades derivadas de la declaración de improcedencia del despido han de ser asumidas por las empresas cedentes y cesionaria con carácter solidario. Ahora bien, la conexión entre los efectos previstos en el artículo 56 ET y los dimanantes del artículo 43 ET no queda claro en esta ocasión cómo debe realizarse, pues parece asignarse a las empresas responsables solidarias la elección primera sobre la readmisión o la indemnización y, en su caso y una vez realizada la opción por la readmisión, se atribuye al trabajador la posibilidad de elegir entre ser readmitido en la empresa cedente o en la cesionaria. Dice literalmente el pronunciamiento en examen: «En el presente caso no ofrece duda la existencia de cesión ilegal, habiéndose configurado la relación laboral formalmente entre el actor y la empresa cedente (Sodeum) y materialmente entre el actor y la empresa cesionaria (el Ayuntamiento), por lo que, las responsabilidades derivadas de la declaración de improcedencia del despido del trabajador han de ser asumidas por ambas empresas con carácter solidario... Y ha de tenerse en cuenta que, en el supuesto de que se optare por la readmisión, la opción entre reincorporarse a una u otra empresa corresponderá al trabajador». Recuérdese que en nuestra crónica 47 aludíamos a un supuesto similar al que ahora comentamos y en aquella ocasión, de forma más nítida, la STSJ de Extremadura de 5 de octubre de 2010, IL J 126/2011, recordando la doctrina del Tribunal Supremo en sus sentencias de 3 de noviembre de 2008 y 5 de febrero de 2008, indicaba que el artículo 43 ET no contenía ninguna disposición relacionada con el despido, sino que, tras definir la cesión ilegal de trabajadores, señalaba las consecuencias que se derivan de la existencia de esa actuación empresarial ilícita, una de las cuales consistía en la facultad que se confiere a los trabajadores cedidos de elegir entre formar parte de la plantilla como trabajadores fijos bien de la empresa cedente o bien de la cesionaria, sin otras previsiones. Es decir, continuaba la mencionada sentencia, se prescribían unos efectos desconectados de la situación de despido, y que podían tener lugar sin que tal decisión empresarial exista. Por el contrario, si existía un despido, concluía dicho pronunciamiento, para conocer sus consecuencias había que acudir a las previsiones sobre el particular recogidas en el ET, que para el despido improcedente se contenían en el artículo 56 ET. Así las cosas, de la

combinación de ambos preceptos la Sala del TSJ de Extremadura derivaba que «efectuada la elección por el trabajador que le confiere el artículo 43.4 ET para permanecer en una de las dos empresas solidariamente condenadas, y una vez que haya elegido el trabajador la empresa sobre la que se proyecta el efecto del artículo 43 ET, corresponde a la empresa que elija la opción entre la readmisión o indemnización en los términos previstos en el artículo 56.1 ET». Eso sí, tanto en un pronunciamiento como en otro se recalca que la opción de fijeza cuando se trata de Administraciones Públicas no puede ir más allá de la adquisición de la condición de trabajador indefinido no fijo.

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho

Ya hemos indicado en anteriores crónicas, y reiteramos aquí, que la delimitación del supuesto de hecho del artículo 44 ET, en particular en lo que concierne al denominado jurisprudencialmente elemento objetivo de la transmisión, condensa gran parte del debate judicial en relación a la figura de la sucesión de empresa. En los últimos años el foco de atención se ha centrado en la aplicación en nuestro ordenamiento de la tesis o doctrina, nacida de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de la «asunción de plantilla»; doctrina, en principio, de tortuosa y difícil recepción por nuestro Tribunal Supremo, y ahora proyectada en toda su extensión y alcance por los Tribunales Superiores de Justicia y mejor asumida por el Alto Tribunal. Los problemas más singulares sobre el particular se han suscitado en el contexto de la sucesión de contratas y concesiones administrativas, al que nos referiremos en el apartado siguiente, pero la consolidación judicial de la tesis de la asunción de plantilla va ocasionando que cada vez sean más abundantes los ejemplos de transmisiones de actividad en el sector servicios que en atención a la misma producen como resultado la presencia de la figura recogida en el artículo 44 ET.

Así, la **STS de 26 de enero de 2012, u.d., IL J 272/2012**, en aplicación de la doctrina contenida en la STS de 30 de mayo de 2011 (u.d. 2102/2010) y de la derivada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras consideraciones, señala que *«el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva»*, considerará que el caso enjuiciado constituía «un claro supuesto de sucesión empresarial del artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto está acreditado que el Ayuntamiento, tras cesar la empresa concesionaria en la gestión y explotación del servicio público de asistencia geriátrica que se le había concedido, y que se llevaba a cabo en el Centro Residencial “Virgen de Guadalupe”, asumió directamente dicha gestión y explotación sin solución de continuidad y haciéndose cargo de todos los trabajadores que, como cuidadores, prestaban sus servicios profesionales en el señalado Centro Residencial».

Por su parte, la **STS de 7 de febrero de 2012, IL J 513/2012**, resuelve un recurso de casación interpuesto frente a la SAN de 22 de septiembre de 2010 (que fue objeto de comentario en nuestra crónica núm. 47), en el que se solicita que se declare la inexistencia de sucesión empresarial entre DTS, Distribuidora de Televisión Digital, S.A., e Indra

Sistemas, S.A. En el caso enjuiciado los problemas de delimitación de la presencia o no de figura de la sucesión de empresa derivan de la forma en que se produce la cesión de la unidad productiva autónoma, pues ello tiene lugar a través de renting. En concreto, se ha de dictaminar si la externalización de la unidad productiva denominada Dirección de la Tecnología de la Información (DTI) por parte de la empresa Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (DTS) en favor de Indra configura o no un supuesto de sucesión empresarial de los previstos en el artículo 44 ET. La Sala desestimará el recurso de casación y, tras analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de los requisitos necesarios para que opere la subrogación, afirmará que «para determinar si ha existido o no sucesión de empresa, no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad. Así, la transmisión operada cuenta con la idoneidad del conjunto de elementos patrimoniales, transferidos a C.S.I. Renting, pero para ser puestos a disposición de Indra mediante contrato de arrendamiento entre ésta y C.S.I. Renting. Tampoco cabe cuestionar la condición de empresa real y solvente, la sentencia recurrida afirma en la que cuenta con su propia estructura de empresa y abundantísimos medios personales y materiales para realizar servicios de informática, lo que excluye la noción de negocio aparente y la ausencia de posición empresarial real por parte de Indra. No se acude a la creación o utilización de una empresa inviable e insolvente sino a una empresa bien introducida en los medios tecnológicos por lo que la D.T.I. que se transfiere contará con los medios materiales transmitidos a través de C.S.I. Renting, los contratos de trabajo subrogados y la gestión tecnológica que Indra puede ventajosamente aportar».

A un supuesto similar se refiere la **STS de 27 de febrero de 2012, IL J 352/2012**, que resuelve el recurso de casación interpuesto por la CGT frente a la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó su demanda de conflicto colectivo en la que se impugnaba la externalización de los servicios informáticos del Centro de Atención Telefónica, S.A. (Catsa) a Indra Sistemas, S.A. y se solicitaba el reconocimiento del derecho de los trabajadores afectados por esta medida a permanecer integrados dentro de Catsa. Los recurrentes sostienen que no se han transmitido los recursos humanos precisos para la continuidad de la actividad, porque de los 26 trabajadores que comprendían la plantilla de la empresa sólo han sido traspasados 22, y que los medios productivos no han sido transmitidos por Catsa a Indra, sino que fueron vendidos por la primera sociedad a CSI Renting, suscribiendo ésta con Indra un contrato de arrendamiento para la utilización de esos medios. La Sala rechaza ambos argumentos pues «el primero confunde el efecto jurídico de la transmisión de empresa —el mantenimiento de los contratos de trabajo y la asunción por la empresa cesionaria en la posición empresarial— con los elementos que normalmente constituyen el objeto de la transmisión en orden a apreciar el mantenimiento de “la identidad” de “una entidad económica” (número 2 del art. 44 del ET), sea ésta una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva (número 1 del artículo citado). Lo que se transmite es la empresa o las unidades productivas; no los contratos de trabajo. Éstos no son en sí mismos objeto de la transmisión, pues la prestación de servicios personales por los trabajadores no pueden convertirse en el objeto de un acuerdo entre empresarios al

margen del consentimiento de aquél y ello incluso en el marco del art. 44 del ET, pues, como dice nuestra sentencia de 20 de octubre de 2007, “el trabajador no podría ser transferido obligatoriamente a la empresa adquirente” y ello aunque su contrato de trabajo con el cedente se verá sin duda “afectado por las consecuencias derivadas de esa transmisión”. La transmisión existirá si los elementos productivos que definen la identidad económica de la empresa se transmiten a otra y, como consecuencia de esa transmisión, se producirán las consecuencias que en el ámbito de la conservación de los contratos, los cambios en la posición empresarial, la garantía del estatuto profesional anterior y la responsabilidad establece el art. 44 del ET. El mantenimiento del contrato de trabajo con el nuevo empleador es un derecho que la Ley concede al trabajador, del que éste puede disponer no aceptando el cambio de empleador, ya sea para conservar el vínculo con el cedente, como aquí ha sucedido respecto a los trabajadores que no han pasado a Indra o para extinguir la relación en las condiciones que en cada caso puedan resultar aplicables. Es cierto que la doctrina de la Sala, siguiendo en este punto la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha aceptado con ciertas condiciones las denominadas “sucesiones de plantillas”, que se producen en “determinados sectores económicos” en los que los que la actividad de la empresa descansa fundamentalmente en la mano de obra y los elementos de la estructura productiva se reducen “a su mínima expresión”. En estos supuestos se admite que “un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica” después de la transmisión “cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, de ese personal”... Pero en el presente caso no se acredita que estemos ante una actividad económica en la que la infraestructura productiva sea marginal y la mano de obra constituya el elemento que define la entidad económica... Y aunque no fuera así y estuviéramos en la hipótesis de una “sucesión de plantillas”, la mera exclusión de 4 trabajadores de un total de 26 no rompería “la identidad” económica en el proceso de transmisión, pues lo que exige la doctrina de la “sucesión de plantillas” es el paso de una “parte esencial” de la plantilla y es claro que tiene este carácter esencial en el plano cuantitativo la incorporación a la nueva empresa de más del 84% de los trabajadores de la anterior.... Tampoco puede aceptarse el segundo argumento, que cuestiona la aplicación del art. 44 del ET en atención al carácter indirecto de la transmisión, que opera a través de la venta de los activos a un tercero que los arrienda a Indra. La parte recurrente considera que el hecho de que los activos no pertenezcan a la nueva empresa rompe la identidad económica e introduce una incertidumbre para el futuro de la explotación. Pero la identidad económica se mantiene, pues lo decisivo a estos efectos es la actividad empresarial de la empresa y los medios que utiliza; no el título en virtud del cual se produce esa utilización, como se advierte en los supuestos de las sucesiones de empresa a través de arrendamientos de industria o negocio (sentencia de 12 de diciembre de 2007 y las que en ella se citan) o de concesiones o contratos cuando a través de éstas se pone a disposición del nuevo empleador la infraestructura productiva..., la sentencia de 28 de abril de 2009, que reitera la de 23 de octubre de 2009, señala, recogiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que la inexistencia de vínculo contractual directo entre el cedente y el cesionario no es relevante en orden a excluir la transmisión, pudiendo producirse la cesión por etapas, a través de la intervención de un tercero. En el presente caso la identidad económica de la explotación se mantiene sin

ninguna duda, pues la nueva empresa realiza la misma actividad utilizando los elementos patrimoniales que antes empleaba la empresa saliente, aparte de la incorporación de la plantilla en los términos ya examinados».

Por otro lado, no aprecian la existencia de subrogación empresarial la **STSJ de Valencia de 18 de enero de 2012, IL J 427/2012**, ni la **STSJ de Extremadura de 7 de noviembre de 2011, IL J 308/2012**.

En el caso de la **STSJ de Valencia de 18 de enero de 2012, IL J 427/2012**, se trataba de determinar si el proceso de externalización de los servicios de logística que la empresa Siro Briviesca, S.L. había realizado a favor de la empresa DHL Excel Supply Chain Spain, S.L.U. comportaba o no un fenómeno de sucesión empresarial que significara la asunción imperativa de personal por parte de esta última sin necesidad de consentimiento de los trabajadores afectados. Se daba la circunstancia de que en el caso de autos las empresas implicadas habían acordado que DHL asumiría y se subrogaría en los contratos de trabajo del personal afectado por la externalización. La Sala, reiterando un pronunciamiento precedente y con reproducción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, negará la existencia de un fenómeno de sucesión legal en el caso enjuiciado (sí de sucesión contractual) pues «es forzoso sostener que en el mismo no concurren los requisitos y elementos necesarios para que se pueda apreciar la existencia de transmisión o sucesión de empresa, habida cuenta que en él tan sólo se ha producido una cesión de actividad (gestión logística del almacén), y la mera cesión de actividad, sin ir acompañada de la transmisión de otros elementos, no constituye ningún traspaso o sucesión de empresa. Como se acaba de indicar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisa con toda claridad que «una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa»».

Por su parte, la **STSJ de Extremadura de 7 de noviembre de 2011, IL J 308/2012**, ha de determinar si la asunción por el Ayuntamiento de Villanueva de la Serena de los servicios de atención de una residencia geriátrica municipal que con anterioridad venía prestando, en régimen de concesión, la empresa DYA Servicios Sociales de Extremadura supone o no una sucesión de empresa. Frente a las alegaciones de las trabajadoras recurrentes (la sentencia de instancia había estimado parcialmente sus demandas, condenando en exclusiva a la empresa DYA a abonarles las cantidades retributivas adeudadas, absolviendo al Ayuntamiento), en el sentido de que en el caso de autos se había producido una «sucesión de empresas por cuanto concurre el elemento subjetivo y objetivo ya que el Ayuntamiento de Villanueva de la Serena recibe no sólo una actividad —la residencia geriátrica municipal— sino todos los elementos materiales necesarios para el funcionamiento de la misma (el edificio y el equipamiento del mismo), ya incluidos en la contrata inicial, que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación», la Sala mantendrá la respuesta negativa, desestimando el recurso de suplicación. Con apoyo en un pronunciamiento previo, y en especial en las recientes STS de 11 de julio de 2011 y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2011, asunto C-463/09, y tras un detenido examen de los elementos relevantes en orden a determinar la presencia del fenómeno en discusión (transmisión de una entidad que mantenga su identidad; no necesidad de la transmisión de la propiedad de los medios organizativos del cedente al cesionario; no necesidad de vinculación contractual directa entre

cedente y cesionario) se concluirá que «La recurrente incide en las alegaciones que hace en su recurso en que concurre el elemento subjetivo y objetivo para que exista sucesión de empresas ya que el Ayuntamiento de Villanueva de la Serena recibe no sólo una actividad —la residencia geriátrica municipal— sino todos los elementos materiales necesarios para el funcionamiento de la misma (el edificio y el equipamiento del mismo), ya incluidos en la contrata inicial, que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, pero no dice nada en cuanto a que aquel Ayuntamiento haya asumido una parte esencial, en términos de número y competencia, del personal que su antecesor destinaba especialmente a la tarea de residencia geriátrica, por lo que falta uno de los elementos básicos para considerar que existe una “entidad económica que mantenga su identidad”, lo que conlleva que no pueda entenderse que, en el presente caso, haya existido sucesión de empresa». Lo cierto es que, si bien la exposición de la sentencia sobre la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de los criterios determinantes de la presencia de la figura de la sucesión de empresa en los siempre complejos supuestos de sucesión de contratas de servicios, especialmente cuando éstos descansan fundamentalmente en la mano de obra, es sumamente pertinente y clarificadora, no podemos decir lo mismo de su proyección al caso enjuiciado. En la argumentación final de la Sala que acabamos de reproducir se da a entender que en supuestos como los de reversión a una entidad pública de la prestación de un servicio que con anterioridad era objeto de contrata se precisa, para considerar que se produce el presupuesto de hecho del artículo 44 ET, que el adquirente reciba, amén de la actividad en sí, no solo los medios materiales necesarios para su prestación sino también una parte esencial de la plantilla que el anterior destinaba a la mencionada actividad, cuando la figura de la denominada «sucesión de plantilla» es un criterio que entra en juego en los casos en los que, justamente, ese trasvase de medios materiales no ha acontecido.

Finalmente, la **STSJ de Andalucía de 12 de enero de 2012, IL J 391/2012**, que cuenta con voto particular, analiza un supuesto ciertamente peculiar y complejo que pasamos a resumir: el trabajador demandante prestaba servicios por cuenta de la Mancomunidad de Aguas del Condado (MAC), de la que formaba parte el Ayuntamiento de Bollullos Par del Condado, y que se encargaba de la gestión de los servicios que integran el ciclo integral del agua en el citado ayuntamiento. El ayuntamiento decide solicitar a la MAC la recuperación plena de las competencias mencionadas en materia de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración para pasar a gestionarlas de forma indirecta mediante concesión administrativa; concesión que se otorga a la empresa Aqualia, S.A., que, en aplicación de lo previsto en el convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales, solicita a la MAC la documentación necesaria para proceder a la subrogación del personal. A ello se une que, durante el proceso de reversión del servicio, la MAC acuerda su disolución y comunica a los trabajadores que, a partir del 1 de enero de 2010, sus contratos quedarán extinguidos y el Ayuntamiento o Aqualia estarán obligados a subrogarse en la posición de empleador. Por otra parte, desde el 1 de enero de 2010, la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva ha continuado prestando el mismo servicio público que la MAC a través de la empresa pública Giahsa. Frente a la demanda por despido del trabajador, la sentencia de instancia declaró su improcedencia y condenó a la empresa Giahsa a asumir las consecuencias de tal declara-

ción por no haberse subrogado en la relación laboral que el trabajador mantenía con la Mancomunidad de Aguas del Condado, absolviendo al Ayuntamiento de Bollullos Par del Condado, a la empresa Aqualia, a la Mancomunidad de Aguas del Condado y a la Mancomunidad de Servicios de la provincia de Huelva de todas las pretensiones deducidas en su contra en la instancia. Recurrida en suplicación la mencionada sentencia por Giahsa, la Sala estimará el recurso, confirmará la declaración de improcedencia del despido y condenará a la empresa Aqualia a que opte entre readmitir al trabajador o abonarle la correspondiente indemnización, declarando al Ayuntamiento de Bollullos Par del Condado responsable solidario en el pago de la indemnización y de los salarios de tramitación. Los argumentos utilizados por la Sala son los siguientes: —No puede considerarse a la Mancomunidad de Aguas del Condado de Huelva una empresa a los efectos de su inclusión en el ámbito de aplicación convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales; —Tampoco cabe aplicar el artículo 44 ET, como hace la sentencia de instancia, «ya que no nos encontramos ante la transmisión de elementos patrimoniales que en todo caso sería de la Mancomunidad de Aguas del Condado al Ilmo. Ayuntamiento de Bollullos Par del Condado, y no de una Mancomunidad a otra, entre otros motivos porque estamos hablando de una competencia municipal que es indelegable e intransmisible. Nos encontramos ante la recuperación de una competencia municipal por parte del Ilmo. Ayuntamiento de Bollullos Par del Condado, como consecuencia de la disolución de la Mancomunidad de Aguas del Condado, disolución que fue acordada por la Mancomunidad con efectos de 31 de diciembre de 2009 y que conduce a la recuperación por parte del Ayuntamiento demandado no sólo de las redes de suministro de agua potable y el alcantarillado, sino del personal vinculado a la prestación de este servicio en el Ayuntamiento de Bollullos par del Condado. Es cierto, que pese a los requerimientos del Ilmo. Ayuntamiento de Bollullos Par del Condado, la Mancomunidad de Aguas del Condado no comunicó los trabajadores que deberían ser asumidos por este Ayuntamiento en el momento que acordó su separación de la Mancomunidad, pero ello no es motivo para eximirse de responsabilidad frente a este personal que no hubiera prestado servicios en la Mancomunidad si el Ayuntamiento de Bollullos Par del Condado no formara parte de la misma...»; —El rescate de la competencia por parte del ayuntamiento de Bollullos Par del Condado determina que Aqualia, como empresa adjudicataria del servicio de gestión integral del agua en el municipio a través de una concesión administrativa, deba asumir al personal vinculado a la prestación de este servicio, como establece expresamente el pliego de condiciones administrativas particulares ofertado por el Ayuntamiento; —No cabe apreciar la existencia de ninguna responsabilidad en el cese del trabajador de la empresa Giahsa, pues ni ha prestado nunca servicio en el ayuntamiento de Bollullos Par del Condado, ni lo va a prestar, ya que este Ayuntamiento no se ha integrado en la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva, que es la que le ha encomendado la prestación de servicios en las localidades integradas en la misma; —Por todo lo anterior, «no formando parte el Ilmo. Ayuntamiento de Bollullos Par del Condado de la Mancomunidad de Servicios de la provincia de Huelva, no cabe aplicarle ninguna norma contenida en sus Estatutos, siendo evidente que al encontrarnos ante la desaparición de dos Mancomunidades y la formación de una tercera integrada por municipios distintos, tampoco podemos aplicar las normas del artículo 44 del Estatuto de los

Trabajadores, ni siquiera por la vía de la asunción de plantilla, ya que no nos encontramos ante una sucesión de empresas, sino entidades locales distintas, habiendo asumido la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva a la mayoría de los trabajadores de la Mancomunidad de Aguas del Condado y de la Mancomunidad de Aguas de la Costa de Huelva por haberse integrado en la misma la mayor parte los municipios de la provincia y no por un sistema de nuevas contrataciones como exige la doctrina comunitaria». La sentencia cuenta con un voto particular que, fundamentándose en un pronunciamiento previo de la misma Sala, le lleva a confirmar parcialmente la sentencia de instancia. Partiendo de la aplicabilidad del convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales a la MAC, el voto discrepante señala que se ha producido por esta entidad un incumplimiento de los requisitos formales del mencionado convenio, «y la consecuencia es que siga siendo ésta la empleadora del demandante para acabar siendo Giahsa la última responsable de lo aquí acaecido, como ente instrumental de la Mancomunidad de servicios de la provincia de Huelva que absorbe las funciones de la MAC...». Y que si bien es cierto que Giahsa nunca ha sido empleadora del trabajador demandante y que en ningún momento se le ha encomendado la prestación de los servicios de abastecimiento, alcantarillado y depuración del municipio de Bollullos Par del Condado, «ello no desvirtúa la responsabilidad de Giahsa que deriva de que esta es el ente instrumental de la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva para el desarrollo de sus fines sociales y de que la Mancomunidad de Aguas del Condado se ha integrado en la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva... y la asunción de la responsabilidad por esta última —con independencia de los municipios que se hayan integrado o no en la Mancomunidad—, luego la responsabilidad de Giahsa deriva de su propio Convenio Colectivo... En suma, la potestad administrativa de los Ayuntamientos consistente en rescatar en cualquier momento los servicios municipales que estimen convenientes, no conlleva la desaparición de las obligaciones laborales de los anteriores empleadores prestadores del servicio con sus empleados. Pero es más, la responsabilidad de Giahsa viene por la aplicación de la doctrina de sucesión de plantillas, pues nos encontramos ante el mismo fenómeno, si bien mucho más complejo: hay un proceso de disolución de entidades públicas con composición determinada y creación de otras nuevas con una composición diferente en el que el elemento personal de la plantilla subsiste al igual que en los procesos de sucesión o subrogación empresarial. ... En total los trabajadores subrogados por Giahsa fueron 71 de un total de 95, con lo que hay que acudir al mecanismo de la subrogación fijado la doctrina comunitaria sobre la subrogación por sucesión en la mano de obra, procediendo la sucesión de empresas cuando la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo del personal que venía prestando servicios anteriormente. En definitiva Giahsa es la sucesora de la Mancomunidad de Aguas del Condado al producirse la integración de la Mancomunidad de Aguas del Condado en la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva y Giahsa es el ente instrumental de la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva para el desarrollo de sus fines. La Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva no dispone de personal a su cargo para cumplimentar sus fines sociales».

Sobre la delimitación del supuesto de hecho, véase el apartado 6.B).

B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa

Como acabamos de indicar más arriba, las principales dudas en torno a la existencia o no del fenómeno regulado en el art. 44 ET se han suscitado en los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas que tenían por objeto actividades en cuya ejecución el elemento patrimonial, la infraestructura material necesaria para llevarla a cabo, era insignificante, pues lo relevante era el trabajo personal de quienes prestaban la concreta actividad. Pese a la incorporación literal en el art. 44 ET de la delimitación del objeto de la transmisión realizada por la norma de la Unión Europea y la asunción por nuestra jurisprudencia —tras periodos de profundo rechazo y recelo a cierta doctrina comunitaria como la representada por la denominada «asunción de plantilla»—, de las tesis del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de los requisitos necesarios para que se produzca el fenómeno subrogatorio, los conflictos prácticos no cesan, pues la riqueza y variedad de matices en los hechos enjuiciados escapan en muchas ocasiones a los esfuerzos teóricos de delimitación de la figura. Como hemos puesto de manifiesto ya en anteriores crónicas, ya hace algunos años, al inicio de la recepción por nuestros tribunales de la doctrina de la jurisprudencia de la Unión Europea sobre la asunción de plantilla, indicamos que uno de los principales problemas aplicativos de tal tesis se iba a presentar a la hora de valorar su correcto alcance en la relación ley-convenio colectivo. 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 productiva no se enmarcaba en el ámbito de aplicación del art. 44 ET. Ley y convenio representaban dos fórmulas diversas, y de aplicación a supuestos de hecho 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. Ahora bien, al acogerse la tesis de que en determinados sectores de actividad, aquellos que descansan fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto organizado de trabajadores puede constituir una entidad económica que mantiene su identidad si, en supuestos como los de la sucesión de contratas, el nuevo contratista se hace cargo de una parte significativa del personal que el anterior destinada a tal actividad, las previsiones convencionales que imponían la subrogación en casos antes no cubiertos por la norma legal terminan por proyectar sus efectos más allá del marco negocial propio de la autonomía colectiva. En otras palabras, la prescripción convencional de la asunción del personal de la anterior contratista en los supuestos de sucesión de contratas se convierte, en aplicación de la doctrina jurisprudencial de la asunción de plantilla, en factor determinante del cumplimiento de los requisitos legales exigidos para que entre en juego el art. 44 ET, de tal manera que los efectos subrogatorios se producirán, no ya por imperativo convencional, sino por imposición legal, y lo que es más trascendente, con el alcance y efectos previstos en el precepto estatutario, en ocasiones más amplios y diversos a los que las partes buscaban al negociar el convenio. De esta realidad y consecuencias se está haciendo eco la doctrina jurisprudencial y judicial, si bien, a nuestro juicio, aún quedan algunos perfiles que definir en la aplicación práctica de la tesis de la asunción de plantilla.

Así, aceptada la mayor trascendencia de la aplicación de previsiones convencionales relativas al juego subrogatorio, el debate se traslada a la determinación de la inclusión o no

de una determinada empresa en el ámbito de aplicación de la eventual norma convencional que disponga tales consecuencias. A uno de estos supuestos alude la **STS de 7 de febrero de 2012, u.d., IL J 278/2012**, en el que el Alto Tribunal debe determinar si la obligación de subrogación por sucesión de contratas (en el caso de autos la empresa saliente era Eulen, S.A., regida por el convenio colectivo del sector de agencias de limpieza de edificios y locales de la provincia de Huelva), prevista en el convenio colectivo del sector de la provincia de Huelva, resulta exigible a la nueva empresa contratista (Indesur), pese a estar inscrita como Centro especial de Empleo y regirse por convenio propio. La Sala, reiterando un pronunciamiento anterior [STS de 21 de octubre de 2010 (u.d. 806/2010)], acogerá la respuesta positiva y, tras argumentar que *«el ámbito de aplicación de los Convenios Colectivos no es dispositivo»* y que *«ninguna salvedad se incluye que permita, a una empresa regida a su vez por otra norma convencional autoexcluirse de la aplicación de los preceptos cuya vinculación la recurrente rechaza»*, afirmará, en relación al caso de autos, que *«En el Convenio Colectivo se establece una específica regulación y obligaciones para las empresas que en la provincia de Huelva, y sea cualquiera su forma jurídica, desenvuelvan la actividad de limpieza e higienización, las que es dable entender que no pueden ser obviadas por otras empresas que, aunque en sus estatutos no figuren como su actividad los servicios de limpieza se dediquen a dicha concreta actividad, aunque aleguen que están encuadradas en otros Convenios Colectivos que regulan una actividad completamente distinta a la de limpieza. Si la empresa adjudicataria, tenga o no reconocidos los posibles beneficios de centro especial, concurre a una contrata en la que la actividad a desarrollar es otra diferente a la que figura en el ámbito funcional de su específico Convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en cuya actividad asume integrarse para realizar las funciones objeto del mismo; afectándole, en consecuencia, en el presente caso las normas cuestionadas sobre subrogación en el sector de limpieza»*.

Un supuesto similar al anterior es examinado por la **STSJ de Andalucía de 22 de febrero de 2012, IL J 566/2012**, que, citando igualmente la mencionada STS de 21 de octubre de 2010, señala que tal doctrina ha sido asumida por la Sala y que sobre su base ha rectificado el criterio que venía sustentando con anterioridad.

La determinación del concreto convenio colectivo aplicable a la relación laboral en cuestión es también argumento esencial de la **STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2011, IL J 246/2012**, a la hora de decidir si existe o no subrogación empresarial en el caso enjuiciado. El supuesto es el siguiente: el trabajador (ordenanza), contratado por la empresa Eulen, S.A., presta servicios en el centro de Servicios Sociales y de Mayores «Ramón Pérez de Ayala», dependiente de la Gerencia del Distrito de Puente de Vallecas, en virtud del correspondiente contrato de concesión que esta última entidad había suscrito con la mencionada empresa para la prestación de los servicios relativos a la Gestión Integral de los Servicios Complementarios de los Edificios adscritos a la Junta de Puente de Vallecas del Ayuntamiento de Madrid. Finalizada la concesión, la empresa comunica al trabajador la terminación de su relación laboral y la subrogación en la posición de empleador de la nueva adjudicataria de los mencionados servicios, la empresa Grupo Ortiz. El trabajador presenta demanda por despido al considerar que su relación no debió extinguirse sino que debió continuar, bien con la empresa que cesó en la contrata, bien con la nueva empresa, según se entendiera que procedía o no la subrogación empresarial. La sentencia de instancia estima la demanda y declara la improcedencia del despido,

condenando a la empresa Eulen, S.A. a las consecuencias jurídicas de tal declaración. La sentencia que comentamos, a su vez, desestimaré el recurso de suplicación interpuesto por Eulen, S.A., declarando la inexistencia de subrogación de la empresa entrante. La argumentación de la Sala descansa en los siguientes presupuestos: tras exponer las vías por las que puede producirse la subrogación empresarial (artículo 44 ET, convenio colectivo y pliego de condiciones) irá desechando que, en atención a alguna de ellas, pudiera producirse la subrogación pretendida en el caso de autos. Así, respecto al juego del artículo 44 ET, se indicará que «esta vía no es aplicable porque lo que la parte identifica como continuidad en la actividad y puesta de mano de obra no es lo que se ha quedado acreditado. Y ello porque lo único que ha sucedido respecto de la mano de obra es que, en relación con determinado personal se ha procedido a la subrogación empresarial. Así ha sucedido con el de limpieza... [la nueva adjudicataria se había subrogado en 120 trabajadores de limpieza]». En suma, para la Sala, en relación a la eventual aplicación del artículo 44 ET, «en este caso no consta que la empresa codemandada haya asumido a personal de la empresa Eulen, ajeno al sector de limpiezas y por tanto que estemos ante un supuesto de sucesión de plantilla». Respecto a la vía convencional como fuente de la obligación de subrogación, el pronunciamiento en examen, tras poner de manifiesto que la empresa Eulen, S.A. tiene un convenio colectivo propio en cuyo ámbito se incluye la actividad que despliegan los ordenanzas pero no así las actividades que tengan particulares especialidades, que se regirán por el convenio del sector específico, y realizar un análisis de la jurisprudencia existente sobre el ámbito funcional de los convenios, afirmará que en relación a las empresas multiservicios, que agrupan en su objeto social diferentes y autónomas actividades, como sucede con la empresa demandada, «normalmente, viene rigiendo el denominado principio de especificidad, salvo que exista convenio de empresa, en cuyo caso deberá ser el aplicable y sin que ello excluya la posibilidad de que determinados grupos de trabajadores, por las peculiaridades de la actividad a la que están vinculados, puedan regularse por convenios diferentes, como así lo tiene previsto el Convenio Colectivo de la Empresa Eulen, Servicios Auxiliares... Con ello queremos decir que, aunque se acuda a la técnica de determinación de la actividad autónoma, objeto en este caso de la contrata y que afecta al demandante, como ordenanza, no podría afirmarse que aquí pudiera aplicarse el efecto de la sucesión empresarial respecto de la codemandada que han asumido la actividad. Y ello, en definitiva, porque, como con acierto refiere el órgano judicial de instancia y ya se ha indicado antes, para aplicar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores necesario que se transmita “un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio”; o el “conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”, lo que aquí no ha sucedido ni ha quedado acreditado; porque no existe norma convencional alguna que imponga la sucesión empresarial en la actividad a la que estaba adscrito el demandante, como ordenanza, no siendo de aplicación el convenio colectivo del sector de Limpieza de Edificios y Locales que es el que ha justificado que al personal que en ese sector fue afectado por la contrata se haya asumido por la nueva adjudicataria; y, porque en las condiciones a las que se sometió la contrata, no hay obligación alguna del adjudicatario de asumir el personal ajeno al servicio de limpieza...».

Similar supuesto de hecho, con idénticos sujetos implicados, es el examinado e la **STSJ de Madrid de 13 de enero de 2012, IL J 411/2012**. Recordemos: la empresa Eulen,

S.A., al cesar en la prestación de los servicios del Contrato de Gestión Integral de los Servicios Complementarios de los Edificios adscritos a las Juntas de Chamartín y Puente de Vallecas del Ayuntamiento de Madrid, comunica al trabajador demandante, oficial 1.ª de mantenimiento, que daba por terminada su relación laboral, pasando a prestar servicios desde ese momento con la nueva empresa concesionaria, la empresa Grupo Ortiz. La sentencia de instancia declara la improcedencia del despido y condena únicamente a la empresa Eulen, S.A. a sus consecuencias. Recurre en suplicación esta última empresa alegando la existencia de sucesión de empresa y, por tanto, la necesidad de proyectar sobre la empresa Grupo Ortiz las consecuencias de tal declaración. Interesa destacar, tanto en la descripción del supuesto de hecho de este pronunciamiento como del relativo a la sentencia anterior, algunos datos de interés, a saber: la empresa entrante asumió la ejecución de un conjunto de servicios integrantes de una denominada «*gestión integral*», a la que se encontraban asignados un conjunto de trabajadores pertenecientes a varios sectores distintos, asumiendo la nueva concesionaria a los trabajadores de limpieza y especialistas, que constituían la mayoría de los adscritos a la contrata adjudicada, en virtud de lo dispuesto en el convenio colectivo sectorial de limpieza, que tiene cláusula de subrogación automática, pero no se subrogó en el resto de personal, cuyo régimen jurídico convencional no se regía por el mencionado convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales. La Sala rechazará la existencia de subrogación respecto al trabajador demandante tras un pormenorizado análisis de la evolución normativa del artículo 44 ET, de la trascendencia de la modificación que en la definición del objeto de la transmisión supuso la Ley 12/2001 y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la determinación del presupuesto de hecho de la sucesión de empresa. Interesa destacar las consideraciones vertidas en la sentencia en examen en relación al alcance de las previsiones convencionales en materia subrogatoria, especialmente tras la consagración de la tesis comunitaria de la asunción de plantilla. Se recuerda así cómo, con anterioridad a la reforma del artículo 44 ET por la Ley 12/2001, una doctrina consolidada del Tribunal Supremo excluía del supuesto regulado en el art. 44 ET los casos de cambio de contratista de un servicio si no llevaba aparejada la transmisión de los elementos patrimoniales precisos para ejecutarlo, por lo que el nuevo contratista no quedaba sujeto a un deber de subrogación en el vínculo laboral de los trabajadores empleados por el contratista saliente al amparo de lo dispuesto en dicho precepto, sin perjuicio de que esa obligación pudiera surgir por disposición del convenio colectivo o por exigencia del titular del servicio... Aún más, cuando el convenio colectivo o el titular del servicio imponen ese deber, queda sujeto a los términos y condiciones impuestos por la fuente que fija la obligación de subrogación. Ahora bien, partiendo de la habitualidad de que en el sector servicios los convenios que los regulan establezcan reglas expresivas de un deber de subrogación empresarial (la sentencia realiza una detallada relación de los sectores en los que existen convenios colectivos nacionales que regulan la subrogación), el «alcance de tal deber va a depender de los términos pactados en el convenio, que puede mejorar pero no alterar a la baja el contenido imperativo del art. 44 del ET, sin perjuicio de la relevancia que pueda tener tal circunstancia en orden a determinar si concurre o no el supuesto de sucesión de empresas previsto en el art. 44 ET y al que esta norma también vincula efectos subrogatorios. Es decir, en la medida en que el cambio de contratista reúna los rasgos propios de la sucesión de empresas, la regulación convencional deberá ser respetuosa con los mínimos establecidos en ese

precepto estatutario». Sentado lo anterior, el pronunciamiento analizado realiza una enumeración de los distintos supuestos de subrogación empresarial existentes en nuestro ordenamiento (artículo 44 ET; sucesión empresarial por imposición de los pliegos de concesiones administrativas; subrogación empresarial por imposición de los convenios colectivos; sucesión contractual y sucesión de plantillas), para llegar a la conclusión de que ninguno de ellos es aplicable al caso de autos. Así, entiende que «el supuesto del art. 44 ET no se da por cuanto no se ha producido la transmisión por Eulen a las nuevas empresas adjudicatarias de la gestión integral de los edificios de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas y necesarias para la continuidad de la actividad productiva... El supuesto de sucesión empresarial por disponerlo los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos previstos en los mismos, tampoco concurre. Respecto a la posible subrogación por imposición convencional, se indica que «en efecto, no existe norma convencional alguna que imponga la sucesión empresarial en la actividad a la que estaba adscrito el demandante, como oficial 1.ª de mantenimiento, no siendo de aplicación el convenio colectivo del sector de Limpieza de Edificios y Locales que es el que ha justificado que al personal que en ese sector fue afectado por la contrata se haya asumido por la nueva adjudicataria, no estando el demandante incluido en el ámbito de esa regulación, antes bien, está sometido, como señala el hecho probado segundo, al Convenio de Siderometalúrgica». Y tampoco aprecia la presencia del supuesto de traspaso de empresas por asunción de plantilla, pues, reiterando un pronunciamiento anterior de la Sala relativo a un supuesto similar al analizado respecto a otros trabajadores de la empresa Eulen que prestaban servicios como ordenanzas, se afirmará que «en las empresas multiservicios que agrupan en su objeto social diferentes y autónomas actividades, como sucede con las aquí codemandadas, viene rigiendo el denominado principio de especificidad, salvo que exista convenio de empresa, en cuyo caso deberá ser el aplicable y sin que ello excluya la posibilidad de que determinados grupos de trabajadores, por las peculiaridades de la actividad a la que están vinculados, puedan regularse por convenios diferentes, como así lo tiene previsto el Convenio Colectivo de la Empresa Eulen, Servicios Auxiliares o la empresa Seguriber. Cada empresa, entrante y saliente, tienen convenio colectivo propio, sin previsión alguna de subrogación empresarial. No consta que la empresa entrante haya subrogado a ningún trabajador de mantenimiento, dándose la circunstancia de que el actor no estaba vinculado por un contrato de obra o servicio determinado sino que su relación laboral era indefinida, no prestando sus servicios para un concreto centro de trabajo o de edificios adscritos a un determinado distrito, sino que lo hacía en diferentes centros de trabajo y empresas de Madrid y su provincia, al margen de los que Eulen gestionaba integralmente en los edificios adscritos a las Juntas de Chamartín y Puente de Vallecas del Ayuntamiento de Madrid y que han sido objeto de adjudicación mediante contrata. Consecuentemente, el demandante no forma parte del conjunto de trabajadores ni centros sometidos a adjudicación, como se pretende hacer ver por la recurrente. Por último, que la empresa adjudicataria de la contrata tenga que asumir la gestión integral de los edificios no quiere decir la deba realizar con el personal de la empresa saliente, porque insistimos que nada de esto aparece en los pliegos de cláusulas administrativas del Ayuntamiento, sino que lo ha de hacer con su personal propio, a excepción del caso de los trabajadores afectados por el convenio colectivo del sector de Limpieza de Edificios y Locales».

Sin poder detenernos mucho sobre el asunto, y dejando constancia de que en los supuestos examinados por estos dos últimos pronunciamientos se dan algunos factores diferenciales particulares, en concreto en la última de las sentencias parece indicarse que el trabajador sobre el que se desestima la existencia de subrogación prestaba servicios para la primera empresa concesionaria en otros ámbitos adicionales al de la contrata sobre la que se produce la sucesión, sí quisiéramos llamar la atención sobre el singular entendimiento que en ellos parece realizarse de la teoría comunitaria de la asunción de plantilla. Nos referimos al dato de que, siendo el objeto de las sucesivas contratas la gestión integral de un conjunto variado de servicios (mantenimiento de instalaciones, limpieza de dependencias, servicios auxiliar de información, atención al público y control de entradas...), la determinación de si el nuevo contratista asume o no una parte significativa del personal del anterior (dándose por supuesto que nos encontramos ante actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra), no se realiza sobre el total de los trabajadores afectos a los servicios objeto de la contrata, sino sobre grupos diversos de trabajadores en función de su categoría profesional y su, por ende, particular régimen convencional aplicable. Ya hemos señalado en muchas ocasiones las dificultades de coherencia de las previsiones convencionales sobre subrogación empresarial con las tesis comunitarias de la asunción de plantilla (que, por otra parte, no es una vía adicional de subrogación a la derivada del artículo 44 ET, sino la concreción de la presencia del presupuesto de hecho de este precepto en determinados supuestos), y aquí nos encontramos con un ejemplo más. La diversidad de convenios aplicables en las empresas multiservicios ocasiona ciertos desajustes cuando se trata de proyectar la doctrina de la asunción de plantilla en casos de sucesión de contratas afectadas por tales empresas. La doctrina judicial parece parchear la apreciación de la presencia del fenómeno en función de que exista o no para cada categoría o grupo de trabajadores una norma convencional específica que prevea la subrogación. En cualquier caso, aun con esta concreta visión, habría que aclarar que, en relación al colectivo de trabajadores afectados por la subrogación convencional, si su número alcanza la suficiente dimensión como para representar una parte significativa del personal que con anterioridad realizaba las tareas de la contrata, ya no estaría incurso en una subrogación por imposición convencional sino en una sucesión legal *ex* artículo 44 ET.

En el caso examinado por la **STSJ de Madrid de 11 de enero de 2012, IL J 405/2012**, se debía determinar si el cambio de contratista llevado a cabo por la empresa Carrefour S.A., primero a favor de la empresa Star Servicios Auxiliares, S.L., y posteriormente de la empresa Eulen, S.A., suponía o no una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 ET. Consta en los hechos probados que Carrefour, S.A. suscribió con Star Servicios Auxiliares, S.L. un contrato marco para la prestación de servicios auxiliares, consistentes en: «a) Labor de información y atención a los clientes en los accesos de los centros del Cliente; b) Custodia, comprobación y control del estado y funcionamiento de las instalaciones generales y de gestión auxiliar; c) Control de tránsito en zonas reservadas o de circulación restringida; d) Tareas de recepción; comprobación y orientación de visitantes y clientes, así como el control de entradas; y documentos; e) Reposición de etiquetado anti-hurto; f) Colaboración en los planes de emergencia y evacuación; g) Colaboración en controles de inventario». Tras la finalización del citado contrato, Carrefour, S.A. suscribe con la empresa Eulen, S.A. un nuevo contrato marco para la pres-

tación de servicios auxiliares. Tras recordar y reproducir la doctrina contenida en la STS de 12 de julio de 2010, rec. 2300/2009, especialmente en lo relativo a la rectificación de las tesis del Alto Tribunal para admitir la doctrina comunitaria de la denominada «asunción de plantilla», la Sala llegará a la conclusión de la inexistencia de sucesión empresarial en el caso enjuiciado, pues «la actividad subcontratada en su día a Star y posteriormente a Eulen por parte de Carrefour, descansa esencialmente, o casi exclusivamente, en la mano de obra de tal forma que la misma podría constituir una entidad económica perfectamente susceptible de transmisión siempre que una parte esencial del conjunto de trabajadores que la han desarrollado hubiera sido asumido tanto en número como en competencias por el nuevo empresario que continúa la actividad. Si solo se ha producido una sucesión en la actividad, es decir, si el nuevo contratista sin la concurrencia de otros factores adicionales de producción, se ha limitado a prestar o desarrollar la misma actividad sin incorporar la entrante ni asumir una parte significativa del personal que venía realizando las funciones en la anterior contrata, las garantías del art 44 del ET no entran en juego. Y esto es, precisamente, lo que ha ocurrido en el presente supuesto. En efecto, consta probado que los trabajadores necesarios para prestar el servicio que Carrefour ha subcontratado eran 77. De este conjunto de 77 trabajadores solo 7 procedentes de Star han sido asumidos por Eulen. El 10% de la plantilla o de la mano de obra no constituye una parte significativa del personal, ni una parte esencial del conjunto de trabajadores ni en número ni en competencias como para concluir que se ha transmitido una entidad económica que, descansando en la mano de obra, ha conservado y conserva su identidad. En consecuencia, no son aplicables las garantías del art. 44 del ET. Por otro lado, tampoco estaba prevista en el contrato la aplicación de mecanismo de subrogación alguno por cambio de empresario o de contratista, ni existe norma convencional aplicable, por cuanto no nos encontramos ante un supuesto contemplado en el Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, en su art 14, y ello por cuanto los servicios subcontratados son servicios auxiliares de carácter muy diferente...».

C) Convenio colectivo aplicable

Los fenómenos de sucesión de empresa dan lugar a problemas de delimitación del convenio colectivo aplicable una vez producida la subrogación cuando las empresas transmitente y adquirente están sujetas a normas convencionales diversas. La modificación del ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio, incorporó previsiones expresas sobre la cuestión, que, pese a todo, no han evitado los conflictos en sede judicial. A uno de ellos alude justamente la **STS de 12 de marzo de 2012, IL J 475/2012**, relativa a una materia donde las previsiones convencionales resultan de tanta importancia como la de la clasificación profesional. Los términos del litigio, de cierta complejidad, se resumen de la siguiente forma: se trata de un proceso de conflicto colectivo que afecta a los trabajadores que, procedentes de la empresa Gas Natural SDG, S.A. (empresa cedente), fueron subrogados por la empresa Gas Natural Distribución SDG, S.A. y trabajan en la Comunidad Autónoma de Cataluña. En varias fechas del año 2005 un número importante de tales trabajadores (aproximadamente un centenar) presentaron demanda en los Juzgados de lo Social de Barcelona contra la empresa Gas Natural Distribución SDG, S.A. y Gas Natural SDG, S.A. en materia de clasificación profesional y reclamación de cantidad (diferencias retributivas entre nive-

les), fundamentando su pretensión en el Convenio Colectivo de la empresa Gas Natural SDG, S.A. para los años 2001-2003. Ello acontece dándose, además, las siguientes circunstancias de interés: a) que la incuestionada subrogación en la titularidad de las relaciones laborales de los trabajadores afectados por el conflicto se produjo el día 1 de octubre de 2005; b) que el BOE del 11 de febrero de 2003 publicó el III Convenio Colectivo para los años 2001-2003 de la empresa cedente, Gas Natural SDG, S.A.; c) que el BOE del 23 de agosto de 2005 publicó el IV Convenio de la misma empresa para los años 2004-2006; y d) que el BOE del 13 de enero de 2006 publicó el I Convenio Colectivo de la empresa cesionaria, Gas Natural Distribución SDG, S.A., cuyo ámbito temporal de aplicación abarcaba desde el día 1 de octubre de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2006. Tras un examen de su jurisprudencia en relación a los efectos de la sucesión, a la aplicabilidad a los trabajadores cedidos de las cláusulas normativas de los convenios de la empresa cedente en situación de ultraactividad y a la virtualidad de los efectos retroactivos de una nueva regulación sobre las cláusulas convencionales vigentes más allá del periodo inicialmente pactado como consecuencia de la mencionada ultraactividad, la Sala, proyectando tales consideraciones sobre el caso de autos llegará a la conclusión de que «las relaciones de trabajo de los afectados por el conflicto en el momento de la cesión y consiguiente subrogación (es decir, el 1 de octubre de 2005...) se regían en términos generales por el I Convenio Colectivo de la cesionaria Gas Natural Distribución SDG, SA, porque, aunque publicado en el BOE del 13-1-2006, dispuso expresamente en su art. 4.º, al regular su ámbito personal, que “entrará en vigor el 1 de octubre de 2005 extendiendo su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2006, salvo en aquellas materias que específicamente se pacte una vigencia diferente”.

Pero, en el caso, esto no es incompatible con que, en relación a las solicitudes individuales en materia de clasificación profesional y sus consecuencias retributivas, presentadas incluso antes de la subrogación, las mismas deban resolverse, tal como acertadamente decide la sentencia impugnada, en base al sistema convencional que entonces les era aplicable, concretamente el IV Convenio de la cedente para los años 2004-2006 hasta el 1 de octubre de 2005 y, a partir de esta última fecha, por el precitado I Convenio de la cesionaria. Tal conclusión tampoco resulta incompatible —ni incongruente— con que aquellas mismas pretensiones se puedan fundamentar en la norma convencional de eficacia general vigente en el momento en el que, según los propios demandantes individuales, realizaban las funciones que al parecer sustentan sus acciones singulares o plurales, sin que esta solución suponga ningún tipo de «espiguo» sino la estricta aplicación de la normativa pactada y en vigor en aquel tiempo, que probablemente pueda determinar —éste será el objeto de las acciones individuales— una distinta y tal vez superior categoría profesional —y retributiva en su caso— a la que la propia empresa cedente les tuviera reconocida en el momento de la subrogación. En resumen, pues, por el efecto de su ultractividad, después de la sucesión continúa vigente el convenio de la cedente hasta la entrada en vigor del nuevo pactado en la cesionaria. Y aunque, salvo pacto o remisión expresa en contrario en el nuevo, una vez aprobado éste pierde eficacia el anterior, las acciones en materia de clasificación entabladas antes de la sucesión empresarial pueden fundarse en la normativa convencional en vigor cuando se desempeñaron las funciones que podrían determinar distinta categoría».

D) Alcance de la subrogación: no comprende las meras expectativas de derecho

El artículo 44.1 ET garantiza, en favor de los trabajadores afectados por la sucesión, la subrogación del nuevo adquirente en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social que correspondían al anterior titular. Ahora bien, el alcance concreto de tal subrogación no se precisa en la norma estatutaria, habiendo sido la doctrina científica y la jurisprudencia las que han dado respuesta a tal interrogante. Desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal Supremo ya indicó que «la subrogación empresarial *ex art. 44 ET* sólo abarca “aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de dicha integración, es decir, los que en ese momento el interesado hubiese ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance, de ningún modo, a las meras expectativas legales”», doctrina que recuerda la **SAN de 23 de abril de 2012, IL J 460/2012**. Ahora bien, el problema surge, en muchas ocasiones, a la hora de determinar si el derecho pretendido existe realmente o, por el contrario, se trata de una mera expectativa. A uno de estos casos se enfrenta la sentencia recién citada, en la que, producida la sucesión entre la empresa Telefónica I+D y la empresa Indra Sistemas, S.L., los trabajadores reclaman el disfrute de ciertos derechos de conciliación de la vida familiar y laboral (disfrute por el padre de dos semanas adicionales de descanso en caso de que la madre le cediera las dos últimas de su propia suspensión contractual por maternidad, y cuatro días naturales por nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad) de los que gozaban durante su relación con Telefónica I+D. Frente a la posición de la empresa demandada de considerar que no estamos ante materia subrogable, al constituir meras expectativas de derecho, la Sala de la Audiencia Nacional mantendrá que los derechos controvertidos están «perfectamente reconocidos e incorporados al acervo patrimonial de los trabajadores, aunque, evidentemente, no se disfrutarán mientras no tenga lugar el supuesto de hecho que contemplan, no debiendo confundirse derecho consolidado con derecho disfrutado. Otro ejemplo clásico es el de la reincorporación del trabajador excedente voluntario, que conserva “un derecho potencial o expectante”, condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso» [STS de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2230)]. La interpretación defendida por la empresa llevaría al absurdo de considerar expectativa de derecho cualquier condición laboral que aún no se hubiera disfrutado, tal como, por ejemplo, el salario del próximo mes aún no trabajado, de modo que la garantía que establece el art. 44 ET sólo ampararía la subrogación del nuevo empresario en la cuantía salarial correspondiente al mes en curso. Por lo expuesto, consideramos que los derechos controvertidos forman parte del acervo en el que debía subrogarse Indra respecto de los trabajadores procedentes de Telefónica I+D.

E) Efectos de la sucesión: condiciones laborales tras la subrogación

Una vez producido el efecto subrogatorio, no siempre es fácil determinar las condiciones laborales aplicables a los trabajadores afectados por la sucesión, pues, al margen de la problemática de saber cuándo estamos ante derechos adquiridos y consolidados o

ante meras expectativas de derecho, en los términos analizados más arriba, se une la de concretar el alcance con el que, más allá de lo previsto en el artículo 44 ET, el convenio colectivo de aplicación regula el fenómeno sucesorio. A uno de estos supuestos se refiere la **STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2012, IL J 542/2012**, en la que la Sala debe dictaminar acerca del pretendido derecho del trabajador demandante a seguir utilizando los billetes de avión con las mismas condiciones recogidas en el convenio colectivo de Iberia, una vez producida la sucesión entre dicha empresa y la UTE Swissport Menzies Handling Madrid. La Sala, trayendo a colación una sentencia previa sobre cuestión similar, y haciendo abstracción de lo derivado de la previsión estatutaria, se centra en el análisis de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable al sector de actividad en cuestión en el momento de la subrogación y por el que se rige el cambio de titular empresarial, el I Convenio Colectivo del Sector de Servicios de Asistencia en tierra en aeropuertos (handling), para señalar que, de conformidad con lo indicado en su articulado en relación a los derechos que la empresa cesionaria deberá respetar a los trabajadores subrogados, debe estimarse la pretensión del trabajador, pues lo que se solicita es «una condena a declarar el derecho, a la que, sin duda, tenemos que acceder, porque supone en cierta manera, transcribir el contenido del Convenio colectivo que, desde la recolocación voluntaria del actor, le es de aplicación».

F) Efectos de la sucesión: responsabilidad solidaria de cedente y cesionario

Verificada y acreditada la existencia de sucesión empresarial en los términos del artículo 44 ET, la **STS de 26 de enero de 2012, u.d., IL J 272/2012**, a la que ya hemos aludido en apartados precedentes, extraerá las consecuencias ligadas a tal declaración, a saber, la aplicación del artículo 44.3 ET, o, lo que es lo mismo, la afirmación de la responsabilidad solidaria de cedente (empresa concesionaria de la gestión y explotación del servicio público de asistencia geriátrica) y cesionario (Ayuntamiento que asume directamente el mencionado servicio tras el cese de la concesionaria) por las deudas salariales contraídas por el primero con sus trabajadores.

G) Subrogación contractual y subrogación legal

Ya nos hemos referido en bastantes ocasiones a la especial problemática que, a los efectos de aplicación de la subrogación empresarial, planteó el proceso de liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros. La doctrina unificada del Tribunal Supremo ya dejó sentado que el traspaso de funciones operado entre Iberia e Ineuropa como consecuencia de aquella operación liberalizadora no constituía un supuesto de transmisión de empresa de los previstos en el art. 44 ET, dado que no hubo entrega de infraestructura empresarial de un concesionario a otro, sino una subrogación impuesta por el pliego de condiciones de la concesión administrativa. Esta doctrina es reiterada en muchos pronunciamientos a la hora de delimitar el presupuesto de hecho del artículo 44 ET y precisar sus diferencias con otras figuras que, pese a no tener encaje en el ámbito del citado precepto, sin embargo, también despliegan efectos subrogatorios. Uno de esos pronunciamientos es la **STSJ de Valencia de 18 de enero de 2012, IL J 427/2012**, que ya hemos comentado más arriba, en la que la Sala, tras afirmar que en el caso enjuiciado no

se produce una sucesión legal sino contractual, señalará que la consecuencia de tal declaración, a diferencia de lo que acontece en el marco del artículo 44 ET, es la de la necesidad de contar con el consentimiento del trabajador para que se produzca la subrogación, en los términos previstos en el artículo 1205 del Código Civil.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

IV. CONTRATACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES.
 - A) **Período de prueba.**
 3. CONTRATACIÓN TEMPORAL.
 - A) **Supuestos.**
 - a) Contrato para obra o servicio determinado.
 - b) Contrato eventual por circunstancias de la producción.
 - B) **Reglas generales.**
 - a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales.
 - b) Conversión en indefinido.
 - c) Tratamiento de la extinción contractual.
 4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL.
 - A) **Contrato a tiempo parcial.**
 - B) **Contratos fijos discontinuos.**
 - C) **Contrato de relevo.**
 5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
 - A) **Contratos laborales y contratos administrativos.**
 - B) **Contratación laboral. Irregularidades en la contratación laboral.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Durante el período analizado cabe destacar, en primer lugar, la **STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2011, IL J 248/2012**, que declara abusiva la decisión de extinguir el contrato durante el período de prueba aunque este se encuentra en vigor; y, en segundo lugar, la **STJUE de 8 de marzo de 2012, IL J 217/2012**, que resuelve una Cuestión Prejudicial (C- 25/11) planteada en relación con la posibilidad de que la transformación de un contrato

temporal en un contrato por tiempo indefinido conlleve a su vez modificaciones en el clausulado del contrato, admitiéndolo siempre que no sean desfavorables para el trabajador.

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

A) Período de prueba

Destaca en materia de período de prueba la **STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2011, IL J 248/2012**, que aborda la cuestión relacionada con el uso abusivo de la figura desde una perspectiva diferente a la relativa a su duración, debiendo considerarse en ese caso la extinción del contrato constitutiva de despido improcedente. En el concreto supuesto que resuelve el TSJ de Madrid se entra a valorar la actuación de la empresa que, alegando la no superación del período de prueba, pretende deshacerse de un trabajador al que poco antes había retenido para que no se marchase a otra empresa, mejorando su salario en más de un cincuenta por cien. Así pues, lo que resulta interesante en esta resolución es que el Tribunal entiende que el desistimiento en un caso así supone un abuso de derecho por parte de la empresa, aunque el período de prueba estuviese en vigor y fuese totalmente legal:

«Los hechos declarados probados nos muestran que la recurrente concertó una contrata el día 4/5/10 cuyo objeto era la ejecución de un proyecto informático, para cuya realización contrató a la Sra. Sara el 19/5/10 y al Sr. Herminio el 24/5/10, asignándoles los cometidos propios de la contrata en cuestión. El contrato laboral concertado fue indefinido, lo cual explica que ambos trabajadores renunciaran a las becas remuneradas que venían disfrutando, pues de otro modo difícilmente se hubiese producido esa renuncia a cambio de un contrato para obra o servicio determinado cuya duración inicial estaba prevista sólo para poco más de un mes (de 4/5/10 a 15/6/10). Precisamente esa escasa duración es lo que explica que el período de prueba máximo convencionalmente permitido (6 meses) se redujese a la mitad, pues, contando con la hipótesis de que la contrata, en lugar de durar 1 mes y 10 días, se alargase más tiempo, el plazo de 3 meses de período de prueba era suficiente para cubrir ese posible alargamiento. Lo que ocurre es que en la realidad la contrata se alargó más de lo previsto, más de 3 meses, y ésa fue la razón por la que la empresa, al ver que terminaba el período de prueba de los trabajadores, no pudo esperar más tiempo para mantener sus contratos y los extinguió invocando la falta de superación del período de prueba, pese a que todo indica, tal como recoge la fundamentación de sentencia, que las actividades de ambos trabajadores merecían elogio, y, más aún, la empresa ahora recurrente, ante al temor a perder al Sr. Herminio, le subió el sueldo de 20.000 euros a 32.000 euros; es decir, en el plazo de un mes (de 24/5/10 a 25/6/10) lo incrementó más de un 50%, lo que es del todo incompatible con la indicación dos meses más tarde de que el trabajador no satisfacía las expectativas de la empresa, y pone en evidencia la instrumentalización por parte de ésta de los trabajadores, y su patente abuso, utilizado en su exclusivo beneficio crematístico (asegurarse la ejecución de la referida contrata), sin la menor consideración al perjuicio que podría causar a los trabajadores, a quienes indujo a renunciar a una beca remunerada e incluso, en el caso del Sr. Herminio, a desplazarse de ciudad, bajo la aparente concertación de una relación laboral sólida, cuando en la realidad la empresa sabía que esa relación era totalmente efímera».

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

Numerosas son las resoluciones que en este período abordan diferentes aspectos relacionados con el régimen jurídico de esta modalidad de contrato temporal.

Por una parte, destacan diversas sentencias del TSJ de Galicia relacionadas con diferentes aspectos del contrato. En primer lugar, la **STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2011, IL J 329/2012**, en la que se resuelve que no se ajusta a derecho el contrato cuando se asignan al trabajador tareas estables o permanentes de la empresa, diferentes a las que se configuran en la obra o servicio objeto del contrato temporal. En segundo lugar, la **STSJ de Galicia de 10 de noviembre de 2012, IL J 319/2012**, aborda la conocida cuestión relativa a que la existencia de una subvención no es un elemento que determine que el contrato de obra se ajusta a derecho, teniendo en cuenta además que en el supuesto resuelto en la mismas tampoco se entiende probado que exista la autonomía y sustantividad de la actividad que se exige para perfeccionar el contrato. Finalmente, la **STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 2011, IL J 298/2012**, en relación con la extinción del contrato por obra, entra a resolver la cuestión relacionada con la posibilidad de que la finalización de la misma sea paulatina y con ello también la resolución de los contratos se produzca gradualmente.

Por otra parte, han de destacarse también en relación con el contrato para obra o servicio determinado algunas sentencias del TS. Así, la **STS de 8 de febrero de 2012, IL J 283/2012**, que resuelve recurso de casación en unificación de doctrina sobre el encadenamiento de contratos con aplicación del art. 15.5 ET en su redacción dada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, considerando que no resulta aplicable el precepto en un supuesto en que se encadenan diferentes contratos por obra cuando se trata de diferentes puestos de trabajos en distintas localizaciones:

«Siendo de aplicación a los hechos origen de este procedimiento la redacción dada al artículo 15.5 por la Ley 43/2006 de 29 de diciembre, y por consiguiente restringida la conversión en indefinida a la concatenación de contratos en los que el trabajador hubiese desempeñado el mismo puesto de trabajo, ninguna razón asiste en la presente reclamación para atribuir ese carácter a los servicios que el actor ha prestado, aun cuando la categoría ostentada haya sido la misma, habida cuenta de que en el transcurso de los contratos las obras han sido diferentes y su localización también. No cabe seguir, como apunta la sentencia de contraste como criterio orientativo el dimanante de una legislación posterior como lo es la Ley 35/2010 de 17 de septiembre y antes el Real Decreto Ley 10/2010 de 16 de junio que sustituyó la referencia al mismo puesto por el mismo o diferente puesto de trabajo, pues siguiendo con la evolución de las normas nos encontraríamos con la reforma operada el 26 de Agosto de 2011 a través del Real Decreto Ley 10/2011 y la moratoria en la aplicación de la citada reforma que contempla el artículo 5, del citado Real Decreto Ley, el cual inició su vigencia el 31-8-2011».

La **STS de 12 de marzo de 2012, IL J 369/2012**, por otro lado, aborda la conocida cuestión de la imposibilidad de recurrir al contrato por obra por parte de empresas públicas

dedicadas a la extinción de incendios en los supuestos en que se contrata a trabajadores en los períodos estivales de mayor riesgo. La modalidad a utilizar será la del contrato fijo-discontinuo, dado que no se trata sino de la actividad propia de la empresa y no de una actividad con autonomía y sustantividad propia.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

En relación con la causa que justifica la celebración de este contrato temporal, la **STSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2011, IL J 312/2012**, y la **STSJ de Castilla y León de 25 de enero de 2012, IL J 442/2012**, recuerdan y aplican la consolidada jurisprudencia sobre la necesidad de acreditación de las circunstancias que justifican la eventualidad, considerando que no se ajusta a derecho si el trabajador presta servicios permanentes y habituales de la empresa; y, valorando además, la segunda de las resoluciones si el carácter intermitente de la actividad implicaría recurrir al contrato fijo periódico o discontinuo. En el mismo sentido, la **STSJ de Asturias de 2 de diciembre de 2012, IL J 665/2012**, considera que con la expresión «aumento de clientela» no cabe entender justificada la eventualidad que justifica el uso de esta modalidad contractual en un restaurante, dado que con la misma se esta haciendo «un empleo de términos genéricos y no precisando el objeto del contrato suficientemente pues falta una mínima concreción en cuanto a las causas reales productivas que concurren en la empresa y de las circunstancias concretas que implican un incremento extraordinario de la actividad empresarial».

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

En relación con el derecho los trabajadores temporales a la percepción del complemento de antigüedad se pronuncia la **STSJ de Galicia de 3 de febrero de 2012, IL J 520/2012**, que lo estima en el supuesto de un trabajador cuya relación laboral se declara indefinida por encadenamiento de contratos en fraude de ley.

b) Conversión en indefinido

En el período analizado, ha de destacarse especialmente en esta materia la **STJUE de 8 de marzo de 2012, IL J 217/2012**, que resuelve una Cuestión Prejudicial (C-25/11) planteada en relación con la posibilidad de que la transformación de un contrato temporal en un contrato por tiempo indefinido conlleve a su vez modificaciones en el clausulado del contrato. El Tribunal europeo resuelve la Cuestión interpretando que pueden producirse modificaciones siempre y cuando éstas no sean desfavorables globalmente para el trabajador:

«La cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro, que establece en su normativa nacional la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido cuando los contratos

de trabajo de duración determinada han alcanzado una cierta duración, no está obligado a exigir, en el contrato de trabajo por tiempo indefinido, que se reproduzcan de modo idéntico las cláusulas principales que figuran en el contrato anterior. No obstante, para no lesionar los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70 ni su efecto útil, dicho Estado miembro deberá velar por que la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido no vaya acompañada de modificaciones sustanciales de las cláusulas del contrato precedente en un sentido globalmente desfavorable para el interesado cuando los cometidos de éste y la naturaleza de sus funciones sigan siendo los mismos».

Por otra parte, la **STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2012, IL J 543/2012**, también declara que se convierte en indefinida la relación laboral iniciada como temporal mediante la celebración de un contrato por obra o servicio cuando la causa que aparece en el contrato como justificativa de la obra es «el programa de aumento de sesiones quirúrgicas», porque, tal y como se especifica en la sentencia, «ello no constituye una obra o servicio determinado, pues tal identificación dista de ser precisa y al no concretarse en qué acciones consiste, o si se refiere a un grupo de especialidades o pacientes determinados, no puede configurar ninguna obra o servicio cuya finalización pueda ser fijada con criterios objetivos, pues solamente la decisión del Hospital podría determinar cuándo se ha alcanzado el objetivo y cuándo, en consecuencia, finaliza el contrato y consecuentemente debe concluirse que el contrato que liga a las partes tiene carácter indefinido».

c) Tratamiento de la extinción contractual

La **STSJ de Madrid de 16 de enero de 2012, IL J 420/2012**, determina que se ajusta a derecho la extinción de una serie de contratos que se suscriben en la modalidad de obra o servicio determinado con una trabajadora para realizar funciones en las que se especifica el carácter temporal, aunque se trate de una empresa vinculada a la Administración y la contratación dependa de la concesión de subvenciones porque la causa extintiva no se relaciona con ellas sino con la expiración del tiempo convenio en cada caso:

«En el presente supuesto la sentencia de instancia alude a tres contratos, en la modalidad de obra o servicio determinado, cuyo objeto lo constituyen dos proyectos de Taller de Empleo, denominados SERVICIOS ASISTENCIALES A DOMICILIO y SERVICIO DE ATENCIÓN SOCIOSANITARIA DOMICILIARIA, que tienen fijado un plazo cierto de duración, y en relación a los cuales la resolución recurrida añade, en su F. de D. 2.º, que su finalidad viene constituida por la formación teórica y práctica, como medio de acceso al empleo, mediante la remisión a lo argumentado en determinada sentencia del TSJA de fecha 12-11-08, que la resolución recurrida hace suya. Pero con tales indicaciones no puede concluirse, como principal argumento del recurso, que los sucesivos contratos temporales no cumplan mínimamente con la exigencia de identificar, con precisión y claridad, la obra o servicio que constituye su objeto, pues permite a la trabajadora conocer cual será el acontecimiento concreto del que se hace depender la duración del contrato. Es cierto, como se razona en el recurso, que no puede hacerse depender la naturaleza y duración de un contrato a la pervivencia o mantenimiento de una subvención. Pero en el caso de autos no parece ser este extremo el determinante para calificar como temporal la prestación de

servicios, habida cuenta de que no se ha probado que las Escuelas Taller a las que estaba adscrita la demandante como docente formen parte de la actividad ordinaria y permanente del Ayuntamiento demandado. Tampoco, por último, el recurso hace alusión, en el motivo destinado a examinar las infracciones jurídicas, a las consecuencias de una extemporánea extinción del contrato de trabajo para el supuesto de estimarse válidamente celebrado el contrato temporal concertado entre partes, ya que exclusivamente está aludiendo a una defectuosa concreción de su objeto, o a los efectos de vincular su duración a la pervivencia de una subvención, como únicos motivos para declarar la indefinición de la relación, lo que nada tiene que ver con esa otra posible infracción, que no ha sido objeto de denuncia expresa».

En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Galicia de 20 de febrero de 2012, IL J 552/2012**, que también declara ajustada a derecho la extinción del contrato por obra o servicio en un supuesto en el que el convenio aplicable considera como causa de extinción «aquellos supuestos en que por disminución real del volumen de la obra o servicio contratado, resulte innecesario el número de trabajadores contratados para la ejecución, en cuyo caso se podrá reducir el número de trabajadores contratados para la ejecución de la obra o servicio, proporcional a la disminución del volumen de la obra o servicio». En este sentido, asume la sentencia la doctrina jurisprudencial sobre que «el convenio no está estableciendo una causa extralegal de finalización del contrato, sino simplemente atendiendo a los avatares que a lo largo de la duración contractual surjan en orden al aumento o disminución de las necesidades de personal, como lo demuestra el hecho de que la reducción del número de trabajadores no tiene en modo alguno la condición de definitiva». Así pues declara que en el supuesto concreto a resolver:

«Del conjunto de hechos probados se infiere que el volumen de llamadas en la campaña para la que prestaba servicios la actora ha experimentado un importante descenso que se eleva al 25,55%, desde la semana 46, lo que supuso, inicialmente, reducir el servicio en 1.025 horas semanales. Estos continuos descensos llevaron a llevaron a restringir en 557 horas el servicio en el mes de mayo. Finalmente la campaña con la empresa France Telecom se extinguió el 31 de julio de 2011. La empresa, el 16 de julio de 2008, puso en conocimiento del Comité de Empresa la información correspondiente al contrato suscrito con FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. De igual modo comunicó el 20 de abril de los corrientes al Comité la disminución en el volumen del servicio en un 25,55%, proporcionando información detallada acerca del concreto número de horas de servicio que debían reducirse a consecuencia de tal disminución, que tendría efectos a partir del 5 de mayo. Por medio de nueva comunicación a los Representantes de los Trabajadores la empresa el 6 de mayo, y con fecha de efectos a partir del día 21 del mismo mes, notifica la necesidad de practicar otra reducción en las horas de servicio a consecuencia del descenso del volumen del mismo. Y, finalmente, por escrito de 15 de julio la mercantil pone en conocimiento del Comité de Empresa que el día 31 se produce la finalización de la campaña para el cliente FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. Es evidente por tanto que a tenor de los inmodificados hechos probados la reducción existe, se trata de disminución real del volumen de la obra o servicio contratado, que ha hecho que resulte innecesario el número de trabajadores contratados para su ejecución, reduciendo paulatinamente hasta finalización de la campaña».

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL

A) Contrato a tiempo parcial

La **STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2012, IL J 424/2012**, desestima la demanda sobre vulneración del principio de igualdad ante la ley de los trabajadores a tiempo parcial respecto a trabajadores a tiempo completo en relación con diversos aspectos. En punto a los pluses de turnicidad y disponibilidad estima la Sala que respecto a estos trabajadores no se cumplirían los requisitos de rotación y disponibilidad fijados en el convenio de aplicación. Y, en relación con el derecho a las vacaciones, se admite la legalidad del criterio de proporcionalidad de derechos en función del tiempo de prestación de servicios.

B) Contratos fijos discontinuos

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 16 de febrero de 2012, IL J 548/2012**, reitera doctrina interpretativa en punto al pago de salarios de tramitación dentro de esta modalidad contractual, señalando que 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 adeudarán sólo hasta ese día. Ello se justifica en la naturaleza resarcitoria de estos salarios. En otro orden de cosas, en la **STSJ de Galicia de 3 de febrero de 2012, IL J 518/2012**, se rechaza la calificación de fija discontinua de la relación laboral mantenida por dos cuidadoras de niños en autobuses escolares. A este respecto, se atiende a la naturaleza temporal del vínculo sustentada en la contrata obtenida por la empresa empleadora de la actora y se rechaza la existencia de una cesión ilegal. El carácter temporal de la relación laboral motiva que la acción de despido se estime caducada al computarse el *dies a quo* desde el cese, y no desde el no llamamiento de las trabajadoras. En fin, abundando en doctrina ya consolidada, se determina que la modalidad de fijo discontinuo es adecuada para la contratación de trabajos de extinción de incendios forestales, por lo que el empleo indebido de contratos por obra o servicio determinado en la Administración pública determina la calificación de la relación como indefinida fija discontinua (**STS de 3 de abril de 2012, IL J 508/2012**).

C) Contrato de relevo

En doctrina de suplicación, la **STSJ de Madrid de 19 de enero de 2012, IL J 431/2012**, aborda los condicionantes de una posible responsabilidad empresarial por no sustitución del relevista en un supuesto donde éste agota el plazo máximo de incapacidad temporal y es declarado en situación de incapacidad temporal absoluta. La sentencia declara la responsabilidad empresarial por no sustitución del relevista y, en cuanto a ésta, la hace recaer no en la fecha de declaración de la incapacidad permanente, sino cuando se agotó la obligación empresarial de cotizar por el relevista. En este sentido, argumenta la sentencia:

«Esto significa que, partiendo exclusivamente de que la situación del relevista se vincula a una declaración de invalidez, el alcance de la fecha de efectos económicos de la incapacidad permanente absoluta no puede aplicarse para determinar la responsabilidad empresarial por no sustituir al relevista por cuanto que, siendo esta materia, no es posible

exigirle al empresario un cumplimiento de obligaciones, como la de contratar al relevista que sustituya al que ha cesado, sino cuando conoce la causa que provoca la extinción contractual o, en este caso, la resolución administrativa que declara al relevista en incapacidad permanente absoluta, lo que en su caso tuvo lugar el 1 de febrero de 2010, siendo a partir de ese momento oficial y, en el plazo de quince días, cuando debe sustituir al cesado pero no antes.

Ahora bien, la situación de invalidez trae causa de una previa situación de incapacidad temporal en la que concurre una situación de baja del trabajador relevista del sistema de Seguridad Social, con pase de pago directo del subsidio a cargo de la Entidad Gestora, de forma que el empresario se ha liberado de sus obligaciones de Seguridad Social respecto de ese trabajador, rompiéndose de esa forma la vinculación que, en materia de seguridad social, que es lo que aquí interesa, debe existir entre el contrato de relevo, la pensión de jubilación parcial y la contratación parcial de jubilado. Y ello porque la situación de prórroga extraordinaria de la incapacidad temporal del relevista, como hemos dicho anteriormente, no exista obligación de cotizar por la empresa. Por ello, el criterio de la Entidad Gestora, que expone en el recurso, de exigir la obligación de sustituir al relevista, desde el primer día, a partir del cumplimiento del plazo máximo de incapacidad temporal, con la prórroga ordinaria (18 meses), es ajustado a derecho porque en ese momento ha cesado la obligación de cotizar y se puede decir que se ha desvinculado al relevista del sistema de Seguridad Social, en relación con las obligaciones del empresario, de forma que esas coordinaciones propias del acceso a la jubilación parcial —pensiona a cargo del sistema y contrato de relevo a cargo del empresario— desaparece y para mantenerla es necesario que el relevista sea sustituido, precisamente por el tiempo que dure la situación de incapacidad temporal».

En relación con el salario regulador del despido de un jubilado parcialmente, la **STSJ de Asturias de 18 de noviembre de 2012, IL J 244/2012**, determina que aunque de inicio hubiera tenido una jornada a tiempo completo, al encontrarse con jornada a tiempo parcial cuando se produce el despido, el salario a tener en cuenta para calcular la indemnización ha de ser el salario bruto realmente percibido en el momento del cese.

5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

En punto a la contratación laboral y las normas relativas a la reserva de puestos de trabajo para trabajadores con discapacidad en la Administración, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de diciembre de 2011, IL J 250/2012**, determina que éstas se refieren a la oferta de empleo público y a la contratación definitiva. En consecuencia, no pueden afectar a bolsas de trabajo de personal laboral, que se constituyen con participantes en los procesos selectivos que no han obtenido plaza, y que cubren las necesidades temporales de personal.

B) Contratación laboral. Irregularidades en la contratación laboral

Para los trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 2 de noviembre de 2011, IL J 286/2012**, aborda la cuestión de la aplicación de determi-

nados pactos establecidos en convenio colectivo, por el que se da el derecho de opción de readmisión al trabajador despedido improcedentemente. La sentencia estipula la validez de pactos acordados en Convenio en virtud de los cuales se da opción de readmisión en todo caso al actor, y se conceden indemnizaciones superiores a las previstas en el ET o en la LPL, por cuanto lo dispuesto a este respecto es de derecho necesario relativo y en consecuencia mejorable en pactos individuales o colectivos, pero deben ser aplicados con criterio restrictivo. En el caso de autos, al establecer el convenio el derecho de opción para los trabajadores indefinidos, se estima que la trabajadora indefinida, pero no fija de plantilla, no reúne los requisitos previstos en el Convenio al ser su situación asimilable a la de un interino por vacante.

En relación con la celebración de contratos temporales por la Administración Pública, y en concreto con el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, la **STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2012, IL J 249/2012**, decreta el carácter indefinido del vínculo al superarse mediante dos o más contratos de obra o servicio un período superior a 24 meses, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 15.5 del ET.

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) Prohibición del prorrateo de pagas extraordinarias.
- b) Conceptos retributivos de las horas extraordinarias. Inclusión de complementos salariales.
- c) Grupo de Empresas. Antigüedad de los trabajadores. Prescripción de cantidades.
- d) Existencia de relación laboral. Antigüedad. Despido improcedente.
- e) Guardias sanitarias que superan la jornada máxima. Horas extraordinarias.
- f) Subrogación empresarial. En todos los derechos y obligaciones al momento de la sucesión.
- g) Convenio extraestatutario. Diferencias salariales. No vulneración del derecho de igualdad.
- h) Derecho a las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por enfermedad.
- i) Complemento de productividad. Aplicación retroactiva.
- j) Complemento de penosidad por ruido. Nivel de ruido y protectores auditivos.
- k) Conflicto colectivo. Plus de asistencia y plus de absentismo.
- l) Impugnación del convenio colectivo. Plus de actividad industrial. Inexistencia de discriminación.

B) Fondo de Garantía Salarial.

- a) Responsabilidad subsidiaria: procede. Despido objetivo no impugnado que debió tramitarse por la vía del art. 51 ET. Títulos habilitantes legalmente exigidos: sentencia dictada en proceso por reclamación de cantidad.
- b) Responsabilidad directa: procede. Despido objetivo. La fecha a tener en cuenta para determinar el número de trabajadores de la empresa a efectos del abono de la indemnización prevista en el art. 33.8 ET es la fecha de la extinción efectiva de la relación laboral.

2. JORNADA.

A) Ampliación de jornada. Licitud de la ampliación de jornada a 37,5 horas semanales realizada por la Disposición Adicional Primera de la Ley 6/2011 de la Comunidad de Madrid.

B) Horas extraordinarias. Cálculo de su valor para el personal de seguridad pública y privada.

- C) **Modificación de las condiciones laborales. Reducción de jornada de profesores de religión. No supone modificación sustancial de las condiciones de trabajo.**
 - D) **Permiso por hospitalización de familiar. El simple parte de alta hospitalaria no acompañado del alta médica no determina por sí misma la extinción o finalización del permiso: Convenio colectivo de CEPSA.**
3. **MOVILIDAD GEOGRÁFICA.**
- A) **Conflicto colectivo. Traslado de trabajadores a otro centro de trabajo. Consulta a los representantes de los trabajadores.**
 - B) **Conflictos colectivos. Traslados en el marco de un ERE.**
4. **MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO.**
- A) **AENA. Inexistencia de modificaciones sustanciales del contrato.**
 - B) **AENA. Reducción salarial procedente. Modificación de condiciones de trabajo.**
 - C) **Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Inexistencia. Variación de turnos.**
-

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en el Repertorio Analítico de Jurisprudencia de los números 3, 4 y 5 de 2012 de la *Revista de Información Laboral* (marzo-mayo de 2012).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) *Prohibición del prorrateo de pagas extraordinarias*

STS de 25 de enero de 2012 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4329/2010), IL J 270/2012.

1. El objeto del procedimiento es dilucidar si, existiendo la prohibición convencional de prorratear las pagas extraordinarias, el derecho a que las mismas sean abonadas debe tenerse en cuenta a la hora de establecer el salario del trabajador a todos los efectos, en concreto para el cálculo de la indemnización por despido y los salarios de tramitación. Se estima la demanda del trabajador, incluyendo en su salario día la parte proporcional de las pagas extraordinarias que previamente fueron prorrateadas mensualmente contraviniendo el convenio colectivo.

2. Recurre el FGS bajo el argumento de que una cuestión es que el pago prorrateado de las pagas extraordinarias prohibido en convenio colectivo no libere del pago al empresario, y otra diferente que deba tenerse en cuenta nuevamente para el importe de la indemnización, pues ello supone duplicar artificialmente el salario con una doble penalización. Estimado el recurso por el TSJ, se interpone recurso de casación por la representación del

trabajador, que es estimado por el TS, que recordando que es el Convenio Colectivo una norma legal (art. 82 del ET), aun con la aquiescencia del trabajador, si se incumple por la empresa la prohibición de prorratar las pagas extraordinarias, será considerado como salario ordinario, siendo este el que debe tenerse en cuenta como módulo regulador, tanto para el cálculo de la indemnización como para los salarios de trámite, porque el citado incumplimiento no supone que el empresario quede liberado del pago de las pagas, sino que las mismas han de ser consideradas como salario ordinario, con todas las consecuencias que ello implica, por ello no cabe la compensación y absorción alegada también por el FGS.

3. A mi entender, se trata de una cuestión fundamental, como recuerda la Sala de lo Social del TS, y no puede ser de otra manera, pues otra interpretación supondría no tener en cuenta la fuerza vinculante del Convenio Colectivo, arts. 82 del ET, y 37.1 de la CE.

b) Conceptos retributivos de las horas extraordinarias.

Inclusión de complementos salariales

STS de 16 de abril de 2012 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2285/2011), IL J 467/2012; **STS de 20 de marzo de 2012** (recurso de casación para la unificación de doctrina 3221/2011), IL J 374/2012; **STS de 13 de marzo de 2012** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1517/2011), IL J 371/2012; **STS de 2 de marzo de 2012** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1190/2011), IL J 364/2012; **STS de 29 de febrero de 2012** (recurso de casación para la unificación de doctrina 941/2011), IL J 359/2012; **STS de 1 de marzo de 2012** (recurso de casación para la unificación de doctrina 4481/2010), IL J 362/2012; **STS de 1 de marzo de 2012** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1881/2011), IL J 363/2012; **STS de 29 de febrero de 2012** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2420/2011), IL J 360/2012.

1. El 21-2-2007, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo declaró la nulidad 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 laborables 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.

Y si bien posteriormente existen diferentes sentencias de la Audiencia Nacional y de Tribunal Supremo de 10-11-2009, que aplican de diferente forma la doctrina de la sentencia señalada de 21-2-2007, es esta sentencia la que sostiene con claridad que, conforme a lo dispuesto en el art. 26 ET, debía considerarse considerarse como salario referencial para el cálculo de la hora ordinaria no solo el salario base, como se disponía en el art. 42.2 del convenio, sino todos los complementos salariales, entendiendo por ello que en la norma convenida no se respetaba la exigencia del derecho necesario establecido en el art. 35 ET, cuando establece que el valor de la hora extraordinaria será, como mínimo, el de la hora ordinaria, y entendiendo en base a ello que el art. 42.2 del Convenio era contrario a derecho, y recogía textualmente: «la retribución de las horas extraordinarias nunca perdió el cordón umbilical que le unía con el salario ordinario, y no a un solo componente del mismo como es el salario base, y de aquí que la proclamada conformidad que hace la norma con-

vencional litigiosa contenida en el art. 42 del Convenio, con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores no existe y ello por una sencilla razón: la hora ordinaria no se satisface únicamente con el salario base sino también con todos los componentes que integran el salario ordinario».

El art. 66 del Convenio Colectivo Estatal de la empresas de seguridad, establece la estructura salarial en: «a) Salario base. b) Complementos: 1. Personales: Antigüedad. 2 De puestos de trabajo: Peligrosidad. Plus escolta. Plus de actividad. Plus de responsable de equipo de vigilancia, de transporte de fondos o sistemas. Plus de trabajo nocturno. Plus de radioscopia aeroportuaria. Plus de radioscopia básica. Plus de fines de semana y festivos-vigilancia. Plus de residencia de Ceuta y Melilla. 3. Cantidad o calidad de trabajo: Horas extraordinarias. 4. De vencimiento superior al mes: Gratificación de Navidad. Gratificación de julio. Beneficios. 5. Indemnizaciones o suplidos: Plus de distancia y transporte. Plus de Mantenimiento de vestuario».

2. Se estima el recurso de casación, y ello porque según la Sala la sentencia recurrida realiza una interpretación sobre su «estricta literalidad», e interpreta que todas las horas extraordinarias se deben retribuir a partir de la hora ordinaria calculada con todos los complementos salariales previstos, sin distinguir entre complementos personales o generales, y otros complementos fijados en función de concretas y especiales circunstancias en las que se ha desarrollado el trabajo, incluyendo todos los complementos sin excepción.

Zanja la cuestión señalando que la doctrina establecida en la Sentencia de constante referencia de 21-2-2077 no significa que todas las horas extraordinarias deban abonarse con el mismo valor que se ha fijado para la hora ordinaria, incluyendo todos los complementos anteriormente referenciados, sino que hay que tener en cuenta que concretos complementos se han abonado en las horas ordinarias y si procede o no reconocer los mismos en las horas extraordinarias, es decir indica que el complemento se percibirá si se realiza el trabajo en las condiciones que exige la norma para el percibo del mismo, lo que significa que el complemento se percibe si se realiza el trabajo en las condiciones que exige la norma para el percibo del mismo.

3. El criterio doctrinal mayoritario sobre la cuestión central de estas sentencias es que el abono de las horas extraordinarias debe pagarse por la cuantía de la hora ordinaria más los complementos salariales. 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. Ahora bien, se ha de discernir entre los pluses que se abonan por desempeñar el trabajo en unas determinadas condiciones (nocturnidad, festivo, etc.), no pudiéndose añadir al cálculo de la hora extraordinaria cuando ésta no ha sido realizada en esas circunstancias concretas, y aquellos que no tienen carácter salarial (transporte, vestuario, etc.).

c) Grupo de Empresas. Antigüedad de los trabajadores. Prescripción de cantidades

SAN de 11 de abril de 2012 (conflicto colectivo 31/2012), IL J 472/2012.

1. Se solicita el reconocimiento de la antigüedad de los trabajadores que pasan a la empresa principal desde otra empresa del grupo y se solicitan las cantidades devengadas

por cada bienio de antigüedad real desde su incorporación a la principal. UFN y UFD pertenecen al mismo grupo de empresas. Una de las cuestiones que se plantea es la excepción de inadecuación de procedimiento, porque las empresas demandadas entienden que realmente es una demanda de cesión ilegal de trabajadores encubierta. Las representaciones de los trabajadores mantienen que es una «cesión impropia» aplicable a los supuestos de rotación no ilegal entre las diferentes empresas del grupo, y que se puede instrumentalizar a través del procedimiento de conflicto colectivo. Así mismo por la parte empresarial se alega prescripción.

2. Desestima la Sala de la AN la inadecuación de procedimiento, y estima el reconocimiento de la antigüedad a los trabajadores, y ello porque es lícita en principio la práctica de rotación de los trabajadores entre empresas del grupo, siempre y cuando se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando en su caso las que contempla el art. 43 del ET, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión, y es incontestable reconocer la antigüedad a todos los efectos (retributivos, promocionales e indemnizatorios), en aquellos trabajadores que se acaban integrando en la plantilla, como lo es el principio de irrenunciabilidad de derechos. Más aún si se tiene en cuenta que la antigüedad compensa la adscripción de un trabajador a la empresa y la experiencia adquirida en la misma durante la prestación de servicios. Por ello los trabajadores no han fundamentado su demanda en la existencia de cesión ilegal, sino que reclaman su antigüedad a todos los efectos en la rotación entre las empresas del grupo, no discutiéndose que el conflicto afecta a todos los trabajadores, dándose las notas necesarias y exigidas por el art. 153.1 de la LRJS.

En referencia a la excepción de prescripción extintiva, argumenta la Sala la interpretación estricta que debe realizarse de una institución, que no tiene su fundamento en razones de estricta justicia, sino que atiende más a criterios de seguridad jurídica en las relaciones. A mayores, esgrime la Sala que estamos en presencia de una acción de conflicto colectivo en que los acuerdos están vigentes, que en modo alguno se trata de acciones individuales, y que es una obligación de tracto sucesivo, y por este mismo motivo se estima parcialmente la prescripción en la petición de condena recogida en el suplico, solicitando se condene a la empresa a abonar la cantidad de 261,52 euros por bienio de antigüedad real, puesto que dicha reclamación pudo realizarse desde la incorporación a UFD, por lo que habrían prescrito todas las cantidades devengadas desde el año anterior al intento de solución en la Comisión de Aplicación y Seguimiento del III Convenio Colectivo, celebrada el 22-09-2011, por lo que se declaran prescritas las cantidades devengadas con anterioridad a septiembre de 2010 conforme al art. 59.2 del ET.

3. Es interesante el razonamiento que se realiza por la Sala de la AN, en referencia a dos cuestiones: la primera cuando afirma que concurren los requisitos del art. 153.1 de la LRJS, puesto que al tratarse de una cesión impropia existe un interés genérico, de todos los trabajadores que han sido rotados entre las empresas del grupo y quedan incorporados finalmente en la plantilla de la principal (STS 10-12-2009, RJ 2010/1430). Y la segunda, en relación a la institución de la prescripción, nuevamente sobre la doctrina del TS, en STS 26-09-06 —rco. 137/04—, donde se recoge que no es aplicable la prescripción a «la pretensión encaminada a la interpretación de uno o varios preceptos de un convenio colectivo, que no tiene un específico plazo de prescripción cuando además se encuentra vigente el pacto del que se trata».

d) Existencia de relación laboral. Antigüedad. Despido improcedente

STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2012 (recurso de suplicación 4180/2011), IL J 529/2012.

1. El actor el 12 de enero de 1988 suscribe un contrato con RNE, S.A., desde esta fecha hasta el 22 de julio de 2010, día de efectos del despido, desarrolla una actividad continua bajo diferentes modalidades contractuales, unas laborales y otras en las que se recoge expresamente el concierto de un contrato civil, incluso a través de una sociedad de la que el actor es el único socio y administrador; la prestación de servicios se realiza para RNE SA y posteriormente con distintas sociedades de TVE y RN. Reclama el actor la antigüedad inicial de 12-01-88 a los efectos de fijar la indemnización por despido. Estimada la demanda en instancia por entender que se dan las notas características de la presunción de laboralidad en la relación, recurre la empresa.

2. Desestima el recurso la Sala del TSJ de Madrid en una sentencia fundamentada en la Doctrina del TS sobre los conceptos de dependencia como situación del trabajador, sujeto aun de forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa, y ajeneidad respecto al régimen de retribución, y los indicios comunes para determinar la existencia de los mismos, tales como la asistencia al centro de trabajo del empleador, o al designado por éste, sometimiento a un horario, desempeño personal del trabajo, ausencia de organización empresarial propia del trabajador, la adopción por parte del empresario contratante de las decisiones en las relaciones del mercado o con los clientes y el público, asimismo el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma, que guarden cierta similitud y proporción con el trabajo realizado, sin asumir el riesgo y lucro de una actividad empresarial de libre ejercicio, etc.

Estimó la demanda del actor el Juzgado de instancia, y lo ratifica el TSJ, y no puede ser de otra manera, teniendo en cuenta las características de todas las contrataciones realizadas al actor, y que con independencia de la vestimenta que se le dio, en todas ellas se dejaba estipulado expresamente que se le facilitaban todos los medios, donde debía prestar su trabajo, la reserva del derecho de supervisión de todos los guiones, la periodicidad mensual de los ingresos, las cantidades regulares y dentro de los salarios el mercado laboral del sector, etc.; es contundente la prueba del actor de su relación laboral.

3. Se hace eco la Sala de las Sentencias dictadas por el TS que en esta materia, en reiteradas ocasiones sobre una materia en que las características del caso concreto son indispensables para determinar la naturaleza de la relación laboral, que estimo se resumen con meridiana claridad entre otras en SSTs/IV de 20-09-1995 y en SSTs/IV 14-02-1994, donde se expone que la ajeneidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios es la única cuestión que determina si estamos en la esfera del ámbito laboral, pues la naturaleza jurídica de la relación viene determinada por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y que realmente se ejercitan, no la denominación que le dan las partes contratantes al acuerdo o contrato realizado.

e) Guardias sanitarias que superan la jornada máxima. Horas extraordinarias

STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2012 (recurso de suplicación 5104/2008), IL J 516/2012.

1. El actor reclama el abono de las horas extraordinarias realizadas por guardias de presencia física y guardias localizadas, sobre el Convenio, teniendo en cuenta la jornada anual establecida en convenio, y el máximo legal de horas semanales establecido en el ET.

2. Recuerda el TSJ que es una cuestión resuelta por la Sentencia de 8 de octubre de 2003, Recurso 1/48/2003, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que supuso una alteración en las categorías conceptuales utilizadas en el I Convenio Colectivo para el personal laboral del Sector Sanitario de Galicia gestionado por Fundaciones Públicas Sanitarias o Empresas Públicas, y ello porque distinguía entre las horas ordinarias, que se retribuían con el salario base de convenio, y las horas de guardias, que, en el supuesto de guardias de presencia física, se retribuían con un complemento de guardias, y las horas extraordinarias, que eran las que, sin computar las horas de guardia, superaban la jornada anual ordinaria, y que, como criterio prioritario, se compensarían con tiempo libre retribuido de duración equivalente al 150% a disfrutar en tres meses siguientes, o, no siendo ello posible, se retribuían con el 150% del valor de la hora ordinaria si realizadas en días laborales, o con el 175% si realizadas en domingo o festivo.

Tras la citada Sentencia de 8 de octubre de 2003, ha de entenderse que las horas de guardias son, desde la perspectiva del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, u horas ordinarias u horas extraordinarias, y, a los efectos de esa distinción y considerando que la relación está bajo el régimen laboral común —como expresamente afirma la sentencia casacional—, y según se deriva del convenio colectivo aplicable, a la jornada anual máxima legal, no teniendo en cuenta el cómputo de horas semanal, y ello porque, al margen de cuáles sean los máximos de jornada establecidos en la normativa comunitaria que se alega por la defensa del actor (en el apartado 1 del artículo 1 tanto de la Directiva 1993/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, como de la actualmente vigente Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003), se trata de una regulación mínima y, en suma, mejorable. Esta sentencia no permite deducir que las horas de guardias de presencia física que superen la jornada anual máxima legal, y que son horas extraordinarias de conformidad con lo establecido en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, deban ser compensadas con la retribución pactada para las horas extraordinarias.

En el Convenio actual se sigue definiendo las horas extraordinarias como «las que superen en cómputo anual la jornada máxima efectiva establecida», eso sí, no recoge con exclusión de las correspondientes a guardias, en aplicación de tan reiterada Sentencia de 8 de octubre de 2003, del Tribunal Supremo, donde se establece que las horas de guardia serán horas extraordinarias cuando se supere la jornada máxima anual.

Y no es una cuestión baladí recordar que cuando se trate de horas extraordinarias «que no tengan previsto un régimen de compensación específico», como son las de guardia, que se retribuyen a través de un complemento específico regulado en el convenio colectivo, que las partes negociadoras son libres para convenir su retribución, siempre que no se abonen por debajo del salario mínimo interprofesional cuando se trate de horas de guardia dentro de la jornada máxima anual, o por debajo del valor de la hora ordinaria cuando se

trate de horas de guardia más allá de la jornada máxima anual —según afirma el artículo 35.1 del ET—. Por ello se estima el recurso.

3. Entra la Sala a dilucidar una cuestión ya resuelta en sentencia por el TS, y aunque la reclamación de cantidad por horas extraordinarias se realice bajo la cobertura de un Convenio colectivo posterior, esgrime el porqué no supone ningún cambio del criterio al ya establecido con anterioridad por la Sala. No pueden considerarse horas extraordinarias las de guardia que no superen la jornada máxima anual, ni pueden ser compensadas las horas de guardia que superen esa jornada máxima anual como horas extraordinarias porque son retribuidas a través de un complemento salarial pactado en el convenio.

f) Subrogación empresarial. En todos los derechos y obligaciones al momento de la sucesión

SAN de 23 de abril de 2012 (conflicto colectivo 48/2012), IL J 460/2012.

1. Tras realizarse una subrogación empresarial, se interpone Conflicto Colectivo por entender que la empresa incumple el acuerdo laboral por el cual se comprometía a respetar los derechos laborales de los trabajadores transmitidos, y por ello se solicitan cuatro cuestiones: que la póliza de seguro de cobertura a los cónyuges o parejas de hechos debidamente registradas e hijos de los trabajadores; que los 700 euros de la denominada «compensación beneficios» que se han pactado por la pérdida de algunos de los derechos que se venían disfrutando sean considerados como salario pensionable; al disfrute de cuatro días de permiso por nacimiento de hijos o por enfermedad grave o fallecimiento de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad; a que en caso de que la madre ceda al padre las dos últimas semanas de su periodo de maternidad, éste disfrute de las mismas, y adicionalmente, de otras dos más a cuenta de la empresa. La empresa se opone alegando que la póliza es la misma y solamente excluye como en la anterior a los empleados, por tratarse de empleados con su propia cobertura; referente a la «compensación por beneficios» prevista en el acuerdo, no se considera salario pensionable porque los derechos «comprados» tampoco lo son, y por último, en relación a los permisos, argumenta la empresa que no los disfrutaban esos trabajadores por entender que no quedan garantizados en el ámbito del art. 44 del ET.

2. Resuelve y estima la AN las cuestiones planteadas, con una interpretación integradora a favor de los derechos de los trabajadores subrogados, en relación a la póliza del seguro médico, pues la demandada excluye a todos los que tienen otra cobertura cuando la póliza anterior solo tenía una exclusión referida a los hijos mayores de veinticinco años, no al resto; en referencia a la compensación de beneficios, y si bien en un principio a la demandada no le falta razón, examinando el plan de pensiones en concreto de la empresa anterior, se recoge expresamente «salario fijo bruto anual» de cada trabajador, que expresamente declara integrado por el sueldo base y demás complementos y retribuciones de carácter fijo vigentes en cada momento, al no estar detallados los conceptos, ha de entenderse que es salario pensionable, sin que en el Acuerdo Laboral se haya introducido excepción alguna.

Por último, y sobre la base de la doctrina científica, en la interpretación del efecto subrogatorio del art. 44 del ET, éste no es omnicompreensivo, sino que solamente juega res-

pecto a los «derechos ciertos y no meras expectativas de derecho, y así se recoge expresamente en STS 5-12-1992, STS 20-1-1997 y STSJ de Andalucía 25-1-95, pero no aplicables al presente caso, y ello porque la citada doctrina se refiere a que «no existe todavía derecho alguno», «aún no se les había cumplido todas las circunstancias o requisitos previstos», ejemplos como premios de permanencia, trienios no completados, etc. Que nada tienen que ver con los derechos adquiridos y perfectamente reconocidos e incorporados al patrocinio del trabajador, la interpretación de la empresa demandada llevaría al absurdo de considerar expectativa de derecho a la subida salarial del próximo mes.

3. La reiterada Jurisprudencia sobre el art. 44 del ET deja poco margen a que se realice una interpretación restrictiva, sobre la interpretación de los derechos que los trabajadores subrogados tienen consolidados a la fecha de la subrogación empresarial. Lo que implica que no sea necesario que a esta fecha se den todos los requisitos necesarios para desplegar los efectos jurídicos de estos derechos, diferenciando entre derecho adquirido y derecho potencial o expectante.

g) *Convenio extraestatutario. Diferencias salariales.*
No vulneración del derecho de igualdad

STSJ de Andalucía de 15 de febrero de 2012 (recurso de suplicación 3775/2011), IL J 547/2012.

1. Se produce la fusión entre CEPESA como sociedad absorbente y Ertoil, S.A. como sociedad absorbida. Por ello, a la firma del VI Convenio (1997-1999), puesto que la nueva normativa convencional establece y regula el Plus de Desempeño Profesional (PDP), a los trabajadores procedentes de la empresa Ertoil, S.A. que creyeran que el sistema de antigüedad que había venido rigiendo y que quedaba suprimido el 31-12-96, les era más favorable que el PDP, se les daba la opción de renunciar por escrito al percibo de dicho PDP y solicitar el percibo de cantidades compensatorias de las expectativas de antigüedad en igual cuantía y devengo en caso de haber perdurado el antiguo sistema, o bien percibir el PDP y no el complemento de antigüedad. El 13-08-08, reunidos los miembros de la Comisión Negociadora de Convenio Colectivo para la Refinería de La Rábida de CEPESA, la representación empresarial y la sindical de UGT y CC.OO. pactaron el Convenio Colectivo de Cepsa Refinería La Rábida, 2008-2011, suscrito como convenio colectivo de naturaleza contractual y de eficacia limitada, al no haberse acordado en Comisión Negociadora constituida por todos los sindicatos con representación en el Centro. Y se acordó que sería aplicable a todos los trabajadores afiliados a los dos sindicatos firmantes, CC.OO. y UGT y a los trabajadores que se adhirieran al mismo, hasta el 31 de octubre, conforme al modelo de carta que se incorporaba como anexo. Que la aplicación de los efectos económicos se retrotraerá a 01-01-08 para los trabajadores adheridos al mismo en el plazo arriba indicado. Que en el supuesto de que se amplíe el plazo de adhesión al convenio, aquellas adhesiones que se produzcan con posterioridad a la fecha indicada darán lugar a que la aplicación del convenio en todos sus términos, incluidos los económicos, se produzca a partir del primer día del mes siguiente a la entrega al Departamento de RR.HH. de la adhesión al mismo.

El presente conflicto se interpone por la existencia de doble escala salarial y afecta a unos 479 trabajadores de la Refinería La Rábida en Palos de la Frontera (Huelva).

2. Queda acreditado que la representación empresarial y la sindical de UGT y CC.OO., en la Refinería la Rábida, de CEPSA, pactaron el convenio colectivo de Cepsa Refinería La Rábida, 2008-2011, como convenio extra-estatutario, en el que se daba la posibilidad a todos los trabajadores para que pudiesen adherirse al mismo, lo que toda la plantilla hizo, o bien se les mantendrían las condiciones contempladas en el VIII convenio. En fecha anterior CEPSA y Ertoil, S.A. se fusionaron y, con ocasión de la firma del VI Convenio de la Refinería, tras fusión, la nueva normativa establecía suprimía el complemento de antigüedad y creaba el Plus de Desempeño Profesional (PDP), por lo que a los trabajadores de Ertoil que entendieran que el sistema de antigüedad que se les venía aplicando y que quedaba suprimido el 31 de diciembre 1996, por el PDP que venía a sustituir al anterior sistema, se les daba la opción de seguir percibiendo cantidades compensatorias de las expectativas de antigüedad en igual cuantía y devengo, nombre que venía a sustituir al antiguo complemento de antigüedad, en caso de haber perdurado el antiguo sistema, o bien percibir el PDP, en vez de la antigüedad, decisión por la que optaron de manera individual.

La parte actora, Sindicato Unitario, mantiene que esa escala salarial discriminatoria permaneció vigente en los siguientes convenios VII y VIII, estableciendo la misma discriminación el convenio extra-estatutario 2008-2011, contra el que reclama, ya que en aplicación del mismo, según mantiene, los trabajadores que entraron con anterioridad a 31 de diciembre 1996 perciben cantidades superiores por el concepto antigüedad, con incidencia que la misma tiene en otros complementos *ad personam* de turno, plus doblaje, plus de llamada y complemento de horas extraordinarias, a la que perciben por PDP los trabajadores que entraron con posterioridad, por lo que se establece una discriminación salarial entre los mismos.

La Sala del TSJ de Andalucía desestima la demanda donde se denuncia la doble escala retributiva, por tres motivos. En primer lugar deslinda el tema del terreno del principio de desigualdad, pues deriva de un convenio colectivo extra-estatutario, con eficacia contractual, en el que una diferencia salarial basada en la fecha en que se realiza la contratación no puede considerarse incurso en alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o por la ley. En segundo lugar, que la fecha fijada el 31 de diciembre de 1996 deriva de una fusión, y no obedece a una decisión unilateral de la empresa sin sentido, y por último y fundamental para el fondo del asunto, refiere el cuadro comparativo de retribuciones, en los años 2008-2011, de donde se aprecia que importes percibidos por PDP son superiores a los que les hubiera correspondido percibir, si hubiese cobrado el complemento de antigüedad, y los importes percibidos por los trabajadores de ingreso posterior a 31 de diciembre 1996, por PDP, son superiores a los que hubieran sido retribuidos en caso de aplicarles el citado complemento de antigüedad, sustituido por el PDP.

3. Hace referencia la sentencia a la reiterada doctrina del TC, sobre la doble escala retributiva y el principio de desigualdad, señalando la STC 27/2004, de 4 de marzo, donde se interpreta, en relación al principio de igualdad, que requiere como presupuestos obligados una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas de forma directa o indirecta y, de otro, que las situaciones subjetivas que pretenden compararse sean, efectivamente,

homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso, pues tal y como reza la sentencia referida, sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia y cada caso concreto.

h) Derecho a las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por enfermedad

STJUE de 3 de mayo de 2012 (cuestión prejudicial C-337/2010), IL J 469/2012.

1. Nuevamente nos encontramos con una STUE que tiene por objeto la petición de prejudicialidad respecto a la interpretación del artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, si bien en este caso concreto de un funcionario, siendo seis las cuestiones prejudiciales que se plantean:

- «1) ¿Es el artículo 7 de la Directiva 2003/88, también de aplicación a las relaciones funcionariales?
- 2) ¿Comprende el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 también los derechos a vacaciones o períodos de descanso anuales en caso de que el Derecho nacional establezca tales derechos por un período superior a cuatro semanas?
- 3) ¿Está sometido al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 también el derecho a días de permiso adicionales a las vacaciones que, a causa de la distribución irregular del tiempo de trabajo, concede el Derecho nacional para compensar los días festivos?
- 4) ¿Puede un funcionario jubilado invocar directamente el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 para hacer valer un derecho a la compensación de las vacaciones cuando no ha trabajado a causa de una enfermedad y, por ese motivo, no ha podido disfrutar de sus vacaciones en forma de días de permiso?
- 5) ¿Puede oponerse a ese derecho a compensación por vacaciones no disfrutadas, al menos parcialmente, la pérdida anticipada del derecho a vacaciones establecida por el Derecho nacional?
- 6) ¿Se extiende el alcance del derecho a compensación basado en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 sólo al período mínimo de vacaciones de cuatro semanas garantizado por el artículo 7, apartado 1, de la misma Directiva, o se extiende también a las vacaciones adicionales establecidas en el derecho nacional? ¿Se incluyen entre dichas vacaciones ampliadas también aquellas en las que el derecho a días de permiso se basa solamente en una especial distribución del tiempo de trabajo?».

2. La cuestión central es que se dilucide si el art. 7 de constante referencia es aplicable o no a los funcionarios públicos, respecto a lo cual nos recuerda el TJUE dos cuestiones relevantes, una que tal y como ya se ha pronunciado en otras ocasiones la aplicación de la Directiva 2003/88, debe interpretarse en sentido amplio, y en consecuencia el art. 2 de la Directiva 89/39 que regula las excepciones a su ámbito de aplicación deben interpretarse restrictivamente, puesto que estas restricciones fueron adoptadas con el fin de garantizar el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de la seguridad, de la Salud y del orden público en caso de circunstancias de gravedad e importancia excep-

cionales. La segunda cuestión que trae a colación es el concepto de «trabajador»: cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. Responde en consecuencia al primer interrogante planteado que es de aplicación el art. 7 de la Directiva 2003/88 a un funcionario bombero que ejerce en condiciones normales. 2003/88, debe interpretarse en sentido amplio.

Sobre la segunda, tercera y sexta, debe interpretarse que no se opone, y recuerda a este respecto que ya ha declarado con anterioridad que la Directiva 2003/88 no se opone a las disposiciones nacionales que establezcan un derecho a vacaciones anuales retribuidas de una duración superior a cuatro semanas atribuido con sujeción a los requisitos de obtención y concesión establecidos por el Derecho nacional (sentencia de 24 de enero de 2012, Domínguez, C-282/10, Rec. p. I-0000, apartado 47), y que puesto que los Estados miembros están legitimados para establecer, según el origen de la baja médica del trabajador, una duración de las vacaciones anuales retribuidas igual o superior al período mínimo de cuatro semanas garantizado por la Directiva 2003/88 (sentencia Domínguez, antes citada, apartado 50), también les corresponde, por una parte, decidir si conceden a los funcionarios el derecho a unas vacaciones retribuidas adicionales además del derecho a las vacaciones anuales retribuidas por un período mínimo de cuatro semanas, pudiendo establecer o no el derecho del funcionario que se jubila a una compensación económica si no ha podido disfrutar de esos derechos adicionales por no haber ejercido sus funciones a causa de una enfermedad y, por otra parte, fijar los requisitos de dicha concesión.

Sobre la cuarta cuestión, matiza que, una vez finalizada la relación laboral, ya no resulta posible disfrutar de modo efectivo de las vacaciones anuales retribuidas, por ello para que el trabajador quede privado del mencionado derecho, el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 prevé que el trabajador tendrá derecho a una compensación económica (sentencia Schultz-Hoff y otros, antes citada, apartado 56). Esta cuestión es la que hizo que este Tribunal determinara que este artículo debe interpretarse en el sentido de que se opone a las disposiciones o prácticas nacionales que prevean que, al finalizar la relación laboral, no se abonará compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas al trabajador que se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales y/o del período de prórroga, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a las vacaciones anuales retribuidas (sentencia Schultz-Hoff y otros, antes citada, apartado 62).

Por último y en referencia a la cuestión quinta, se remite a la sentencia de 22 de noviembre de 2011, KHS (C-214/10, Rec. p. I-0000, apartado 35), donde declaró que hay que valorar, en relación con el artículo 7 de la Directiva 2003/88, si dicho período puede calificarse razonablemente como un período más allá del cual las vacaciones anuales retribuidas carecen de su efecto positivo para el trabajador en su calidad de tiempo de descanso, pues el derecho a vacaciones anuales retribuidas no sólo tiene una importancia especial, por su condición de principio del Derecho social de la Unión, sino que también está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados (sentencia KHS, antes citada, apartado 37). Por ello el período mencionado debe garantizar, en particular, que el trabajador pueda disfrutar, si fuera preci-

so, de períodos de descanso susceptibles de ser escalonados, planificables y disponibles a más largo plazo, y rebasar sustancialmente la duración del período de devengo por el que se concede (sentencia KHS, antes citada, apartado 38). Si a mayores tenemos en cuenta que el período de aplazamiento establecido en el caso de autos es de nueve meses (una duración inferior a la del período de referencia con el que guarda relación), por ello debe interpretarse el meritado art. 7 en el sentido de que se opone a una disposición de Derecho nacional que limita, mediante un período de aplazamiento de nueve meses a cuyo término caduca el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, el derecho de un funcionario que se jubila a acumular las compensaciones por vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas debido a una incapacidad laboral.

3. La cuestión más relevante es si el art. 7 de la Directiva 2003/88 es aplicable a los funcionarios públicos que prestan sus servicios en condiciones de normalidad, puesto que el resto de las cuestiones ya han sido resueltas con anterioridad y en definitiva se remite a las sentencias que cita expresamente, si bien debemos recordar que en sentencia del STJUE de 15 de septiembre de 2011 (cuestión prejudicial C-155/10), IL J 1152/2011, marca un límite a la posibilidad de acumulación de los periodos vacacionales tras largas y consecutivas situación de baja médica en las que puede verse incurso un trabajador, dejando abierta la puerta para que, a través de la negociación colectiva, puedan los Estados miembros limitar un período de aplazamiento, y a cuyo término se extinguiría el derecho a las vacaciones anuales retribuidas.

i) Complemento de productividad. Aplicación retroactiva

STS de 9 de noviembre de 2011 (recurso de casación para la unificación de doctrina 688/2011), IL J 236/2012.

1. El recurso de casación para la unificación de doctrina que da origen al pronunciamiento comentado fue interpuesto por D. Valentín, trabajador de la TGSS, personal laboral fijo, con categoría profesional de Técnico Superior de Gestión y Servicios Comunes.

En fecha 14-10-06 se publicó en el BOE resolución de 10-10-06 de la Dirección General de Trabajo que disponía la inscripción en registro publicación del 2.º Convenio Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, estableciendo dicho Convenio un nuevo sistema de clasificación profesional. En base a la Disposición Adicional, el Grupo Profesional 4.º en el que estaba encuadrado el actor se integra en el grupo profesional 3.ª actual.

Al actor le fueron liquidados todos los conceptos retributivos de su nueva categoría y grupo con carácter retroactivo a 1-01-05, excepto el correspondiente al de la productividad de URE (Unidades de Recaudación Ejecutiva) que se le ha abonado a partir del 15-01-06.

Se reclama, por tanto, que el complemento de productividad correspondiente a su puesto de trabajo como técnico superior adscrito a una unidad de recaudación en vía ejecutiva se le abone también con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2005.

2. Se alega la infracción del artículo 2 del II Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado en relación con el artículo 73 del mismo Convenio.

El art. 2.2 del Convenio establece que «entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, salvo las excepciones que expresamente se establecen, y su duración se extenderá hasta el 31 diciembre de 2008». Y el número 2 de este precepto añade que «sus efectos económicos regirán desde el 1 de enero de 2005, sin perjuicio de lo establecido en cada caso en el articulado de este convenio».

Por su parte, el art. 73 define el complemento de productividad como aquel «que retribuye el especial rendimiento en el desempeño de los puestos de trabajo o la consecución de ciertos objetivos o resultados a determinar por los respectivos Departamentos u Organismos». Y establece que «se encuentran comprendidos en este complemento, los complementos de productividad o incentivos de producción actualmente existentes, o que puedan crearse por la CIVEA a propuesta de la Subcomisión Delegada», precisando que «asimismo, cualquier modificación sobre el régimen y características actuales de estos complementos, previa propuesta de la Subcomisión Delegada, deberá ser aprobada por la CIVEA».

La Sala estima el recurso, pues no se puede objetar que el complemento de productividad no está sometido a la regla de retroactividad del efecto retributivo porque sea necesaria, conforme al art. 73.6.2, una intervención reguladora del Departamento u Organismo o de la CIVEA en orden a determinar los objetivos o resultados, las cuantías aplicables, las modificaciones o el establecimiento de un nuevo complemento. De lo que se trata es de abonar un complemento de productividad ya existente con la variación cuantitativa que deriva del cambio que supone la inclusión del actor en un grupo superior. El problema no es el carácter automático o no de la aplicación del complemento, sino el alcance temporal de la variación de uno de los componentes de su cuantía que, según lo que resulta conforme, se vincula con el elemento subjetivo de la categoría o grupo profesional.

El Convenio aplicable establece claramente que los efectos económicos regirán «desde el 1 de enero de 2005» y únicamente se exceptúa lo que pudiere estar establecido en cada caso en el articulado del Convenio, no existiendo norma al respecto para el complemento debatido, por lo que no hay razón para no incluir el complemento de productividad.

3. Determina la Sala que el complemento de productividad debe ser incluido dentro de la referencia general del Convenio aplicable a que los efectos económicos del mismo entraban en vigor el 1 de enero de 2005 y proceder, por tanto, independientemente de que pueda resultar exigible la intervención reguladora de la CIVEA, a su abono con carácter retroactivo conforme a la nueva categoría que ostenta.

j) Complemento de penosidad por ruido. Nivel de ruido y protectores auditivos

STS de 30 de noviembre de 2011 (auto de aclaración 2743/2010), IL J 237/2012.

1. El demandante presta servicios en una actividad en la que durante dos horas y veinte minutos de sus ocho horas de trabajo (el 26,10% de su jornada laboral) el ruido ambiental medido sin elementos protectores auditivos es superior a los 80 decibelios e inferior en el resto de la jornada, y que, aun en el tiempo en que es superior, con la utilización de los cascos protectores que le facilita la empresa ese ruido se reduce en un porcentaje significativo por debajo de aquel volumen.

Se discute si procede o no reconocer el derecho al complemento reclamado que el Convenio prevé para cuando se trabaje en circunstancias penosas, tóxicas o peligrosas.

2. El artículo 45 del Convenio Colectivo de Derivados del Cemento de la Generalitat Valenciana, publicado en el DOGV de 4 de febrero de 2002, el cual fue prorrogado y revisado según Acuerdo publicado en el DOGV de fecha 25 de junio de 2007, establece en relación con el complemento de penosidad, toxicidad o peligrosidad que «a los trabajadores que tengan que realizar labores que resulten excepcionalmente penosas, tóxicas o peligrosas, deberá abonársele un incremento del 20% sobre su salario base. Si estas funciones se efectúan durante la mitad de la jornada o en menos tiempo, el incremento será el 15%, aplicado al tiempo realmente trabajado».

La actividad desarrollada por el actor supera sin elementos protectores los 80 decibelios de ruido ambiental el 26,10% de la jornada, pero la utilización de los cascos que facilita la empresa reduce el volumen por debajo de este umbral.

La Sala analiza si el volumen soportado que da derecho al cobro del complemento por circunstancias tóxicas o peligrosas debe ser valorado en relación al volumen soportado con o sin elementos protectores.

Se estima el recurso al entender que la medición del ruido debe hacerse con los elementos protectores proporcionados por la empresa, en cuyo caso no se supera el volumen que da derecho al cobro del complemento de penosidad.

No obstante, se formula voto particular al que se adhieren varios magistrados, por considerar, en contra, que las mediciones han de efectuarse sin tener en cuenta los efectos de la utilización de protectores auditivos individuales.

3. El pronunciamiento comentado se basa en las sentencias del TS previas —SSTS 25/11/2009 (rcud. 559/99), 3/2/2010 (rcud. 2129/09) o 14/6/2010 (rcud. 3213/09) entre otras—, en las cuales se establece que la penosidad por ruido sólo puede afirmarse existente cuando «el ruido que llega al oído» del trabajador alcanza los 80 decibelios de media y, por tanto, si se facilitan elementos de protección que rebajan el volumen, no puede considerarse trabajo penoso por ruido.

k) Conflicto colectivo. Plus de asistencia y plus de absentismo

STS de 26 de enero de 2012 (recurso de casación 51/2011), IL J 273/2012.

1. El pronunciamiento comentado se basa en la pretensión de que se declare el derecho de los afectados por el conflicto a percibir el plus de absentismo con independencia (o simultáneamente) del plus de asistencia.

2. El Convenio Colectivo de Carpintería, Ebanistería y Varios del Principado de Asturias establece en su artículo 6 un plus de asistencia que perciben todos los trabajadores cada mes, mientras que su artículo 27 regula el plus de absentismo, que sólo se percibe el mes de marzo de cada año por cada trabajador cuando a nivel de empresa «el absentismo a título colectivo e individual (acumulativamente) no haya superado el 3% y el individual el 4% durante el período de enero a diciembre de cada año».

La percepción conjunta de ambos pluses se hace depender, según lo indicado en el artículo 27, de su naturaleza, puesto que el plus de absentismo «no será acumulable con cualquier otro existente, a nivel de empresa o por Convenio, de esta misma naturaleza, respetándose dichos sistemas, salvo acuerdo con la representación de los trabajadores, para su sustitución por el presente».

Si bien ambos complementos cumplen las misma finalidad de premiar la asistencia y reducir el absentismo, no procede considerar consecuencia lógica de ello que tengan la misma naturaleza pues, aunque es posible entender que comparten idéntica razón de ser, las características y circunstancias de las que depende la percepción del uno o del otro no son las mismas. Así, el plus de asistencia depende de un comportamiento individual de cada trabajador al que se premia su propia asiduidad en el trabajo y, en cambio, el plus de absentismo tiene un carácter colectivo que depende del esfuerzo de todo el conjunto de los trabajadores.

En base a lo anterior la Sala concluye que no son complementos homogéneos, lo que hace que no sea posible predicar que tienen la misma naturaleza a los efectos de su compatibilidad, especialmente teniendo en cuenta que en caso contrario carecería de sentido haberlos introducido en el mismo Convenio.

3. Esta solución no contradice la naturaleza jurídica del plus de asistencia reiteradamente definido por la Sala como una compensación para combatir el absentismo laboral —SSTS de 10 y 27 de diciembre de 1993 (rcud. 3015/1992 y 2975/1992)—, en cuanto que no se niega que esa sea su naturaleza y finalidad, pero ello no impide entender que no son homogéneos, por cuanto uno tiene carácter colectivo y otro individual.

*1) Impugnación del convenio colectivo. Plus de actividad industrial.
Inexistencia de discriminación*

STS de 20 de febrero de 2012 (recurso de casación 189/2011), IL J 331/2012.

1. El recurso planteado se basa en la consideración de que el artículo 17 del Convenio Colectivo del Sector de Tintorerías, Lavanderías y Planchado de Ropa de ámbito provincial establece, por un lado, un trato desigual a empresas dedicadas a realizar el mismo trabajo, puesto que la única diferencia está en el volumen de trabajo y número de trabajadores, es decir, que obliga a las empresas con mayor volumen a soportar un gasto mayor como el establecido en el plus de actividad industrial; por otro lado, considera que dicho plus es discriminatorio para los trabajadores que ocupan la misma categoría pero en distintas empresas, puesto que tanto las funciones como el trabajo a realizar no dejan de ser exactamente los mismos, con independencia del número de trabajadores.

2. La ilegalidad del artículo 17 del Convenio que alega el actor se basa en que dicho artículo vulnera el principio de igualdad contenido en el art. 14 de la Constitución.

La Sala desestima el recurso porque la norma convencional no se considera discriminatoria. Ciertamente conlleva una desigualdad de trato entre las grandes empresas, obligadas a soportar económicamente el plus, y las pequeñas empresas de tintorería y lavado, que no están obligadas. Pero no se trata de una desigualdad injustificada, puesto que la diferencia de trato no se produce entre empresas que se encuentran en una misma situación de hecho,

sino entre empresas que, aun perteneciendo a la misma actividad, la realizan en condiciones distintas.

La diferencia de trato persigue reconocer la singular carga para el trabajador que trabaja en condiciones ambientales distintas, propias de un proceso industrial mecanizado, puesto que puede ello resultar más incómodo.

3. La sentencia comentada toma como base la abundante doctrina constitucional en relación al principio de igualdad extrayendo relevantes fundamentos jurídicos. Se indica, por tanto, que «la eficacia del principio de igualdad hace ilegítimas las causas de discriminación específicamente prohibidas (arts. 14 CE y 17 ET), pero, en la medida en que dicho principio ha de conjugarse con el de libertad, no prohíbe por sí mismo otras diferencias de trato» (SSTC 177/1988, de 10 de octubre; 34/2004, de 8 de marzo; 198/2004, de 15 de noviembre). Doctrina recordada —entre las recientes— por las SSTS 5-11-08 —rcud. 4313/07—, 9-6-09 —rcud. 1727/08— y 21-4-10 —rcud. 1075/09—), «siquiera sea inaceptable la diferencia de trato cuando no tiene explicación razonable y objetiva» (SSTC 191/1989, de 16 de noviembre; 76/1990, de 26 de abril; 28/1992, de 9 de marzo, y 117/1993 de 29 de marzo) y «la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (STC 22/1981, de 22 de julio, SSTS 13-10-04 —rec. 132/2003— y 21-4-10 —rcud. 1075/09—). Y tampoco «la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al art. 14 CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles» (STC 27-08-2004, de 4 de marzo).

B) Fondo de Garantía Salarial

- a) *Responsabilidad subsidiaria: procede. Despido objetivo no impugnado que debió tramitarse por la vía del art. 51 ET. Títulos habilitantes legalmente exigidos: sentencia dictada en proceso por reclamación de cantidad*

STS de 13 de marzo de 2012 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3020/2011), IL J 370/2012.

1. El trabajador prestaba servicios para la empresa demandada desde el 1 de junio de 2002. El 20 de marzo de 2009, la empresa, que tiene menos de 25 trabajadores, extinguió el contrato del trabajador alegando causas objetivas económicas, fijando el importe de la indemnización prevista en el art. 53 ET e indicando que el responsable del 40% es el FOGASA, cantidad económica que la empresa no abona al trabajador. Solicitado por el demandante al FOGASA el abono del 40% de la indemnización como responsable directo, le es denegada por resolución de 13 de noviembre de 2009, al entender el FOGASA que la extinción del contrato debió seguir los trámites del art. 51 ET, teniendo en cuenta el número de extinciones por causas objetivas de tipo económico que la empresa hizo efectivas en el período comprendido entre el 20 de diciembre de 2008 y el 20 de marzo de 2009. El tra-

bajador interpuso demanda sobre reclamación de cantidad contra la empresa y el FOGASA. El Juzgado de lo Social número 20 de Barcelona dictó sentencia de fecha 24 de marzo de 2010 estimando en parte la demanda interpuesta por el trabajador frente a la empresa y frente el FOGASA, absolviendo al FOGASA de la responsabilidad subsidiaria en concepto de indemnización por despido objetivo. La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, en Sentencia de 8 de junio de 2011, desestima el recurso de suplicación planteado por el trabajador indicando, en síntesis, que al no haber seguido la empresa los trámites previstos en el art. 51 ET como procedía, el FOGASA no responde del 40% de la indemnización por despido, ni del 60% como responsable subsidiario.

Contra la sentencia dictada en suplicación el trabajador formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina. Se aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 16 de octubre de 2006 en donde se señala que el hecho de que no se hubiesen seguido los trámites del despido colectivo, que eran los que debían seguirse, es exclusivamente empresarial, y que un error al que son ajenos no puede perjudicar a los trabajadores, procediendo la responsabilidad del FOGASA. Se cuestiona, por lo tanto, si el FOGASA debe responder subsidiariamente en virtud de lo dispuesto en el art. 33.2 ET en los casos en que la empresa no ha abonado la indemnización por despido económico, cuando el trabajador no ha impugnado el despido y este debió tramitarse por la vía del art. 51 ET.

2. El TS concluye que la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia de contraste. Al respecto se distinguen los supuestos en que se reclama el importe de la indemnización prevista en el art. 33.8 ET y los supuestos en que se acciona en base a lo dispuesto en el art. 33.2 ET, aplicables en los casos analizados, y se señala, con cita de numerosas Sentencias de la misma Sala, que en estos casos se viene afirmando, en esencia, que si el trabajador acepta la decisión adoptada por el empresario es evidente que no se plantea conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del despido, y por tanto no sería adecuado exigir al trabajador entablar una acción de tal clase con el único objeto de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la parte demandada, sin que la falta de ejercicio de esta acción pueda producir la consecuencia de que por ello pierda el trabajador la indemnización establecida por ley. En definitiva, se considera que carece de sentido en estos casos reclamar una calificación del despido sobre la que no existe discrepancia, de modo que la reacción del trabajador frente al posterior impago de la indemnización no tendría que canalizarse a través de un proceso de despido no iniciado, sino a través de un proceso ordinario de reclamación de cantidad.

3. En SSTs de 22 de enero de 2007 (rec. 3011/2005) y de 11 de noviembre de 2009 (rec. 449/2009), IL J 1806, se hace referencia a la consideración de las sentencias recaídas en procesos ordinarios como títulos habilitantes idóneos para que proceda la responsabilidad subsidiaria del FOGASA, de modo que no resulta necesario a tal efecto una sentencia específica de despido.

Se trata de una doctrina reiterada de la Sala. Así, entre otras, al respecto, SSTs de 3 de febrero, 4 de mayo, 6 y 27 de octubre de 2009 (rec. 2226/2008, 2062/2008, 358/2009 y 582/2009, respectivamente), IL J 125, IL J 539, IL J 1522 e IL J 1530, respectivamente.

- b) Responsabilidad directa: procede. Despido objetivo. La fecha a tener en cuenta para determinar el número de trabajadores de la empresa a efectos del abono de la indemnización prevista en el art. 33.8 ET es la fecha de la extinción efectiva de la relación laboral*

STS de 2 de abril de 2012 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2951/2011) IL J 493/2012.

1. La empresa comunicó al trabajador la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas el 11 de diciembre de 2009, con efectos al 11 de enero de 2010. La empresa tenía 25 trabajadores en alta el 11 de diciembre de 2009, incluida una trabajadora a la que se le comunicó el despido objetivo ese mismo día con efectos al 31 de diciembre de 2009. El día 11 de enero de 2010 la empresa tenía en alta 24 trabajadores. La empresa reclama del FOGASA el 40% de la correspondiente indemnización y el FOGASA deniega la prestación al comprobar que la empresa tenía más de 24 trabajadores en la fecha de la decisión extintiva. El Juzgado de lo Social núm. 4 de Valladolid estima la demanda planteada por la empresa con criterio que se confirma por la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 6 de julio de 2011, en la que se indica que «el hecho causante, fuente u origen de la obligación del Fondo de Garantía Salarial, no es la comunicación de la decisión extintiva... sino la efectiva extinción de la relación laboral...». El FOGASA interpone recurso de casación para la unificación de doctrina citando como sentencia de contraste la dictada por el TSJ de Andalucía/Granada de fecha 1 de julio de 1997, que considera que la fecha a tener en cuenta a estos efectos es la de comunicación del despido. La cuestión que se plantea, en definitiva, es la de determinar la fecha que ha de tenerse en cuenta para concretar el número de trabajadores de la empresa a efectos de abono de la indemnización a cargo del FOGASA prevista en el art. 33.8 ET.

2. El TS considera que la doctrina ajustada a derecho es la mantenida en la sentencia recurrida. Según el TS avalan esta conclusión el tenor literal del art. 33.8 ET, las reglas sobre determinación del inicio del plazo de caducidad para el despido y el hecho de que admitir que el requisito numérico se determine en el momento de la comunicación e inicio del preaviso implica situar el hecho causante de la prestación en dos fechas diferentes sin ningún apoyo normativo, una para la extinción del contrato, y otra para el requisito de que se trate de una empresa de menos de 25 trabajadores.

3. La STS comentada expone un criterio claro al distinguir que una cosa es la manifestación de la voluntad empresarial extintiva, lo que se produce, sin ninguna duda, con la comunicación del futuro cese en el trabajo, y otra muy distinta la «materialización» de la extinción en la fecha fijada en la comunicación, que es cuando se produce el cese efectivo en el trabajo y la baja en la Seguridad Social del trabajador.

No obstante, el TS señala que en el caso concreto analizado, en la fecha de extinción del contrato del trabajador, la empresa tenía una plantilla de 24 trabajadores porque a la trabajadora despedida en la misma fecha se le otorgó un preaviso inferior al legal, de modo que si se hubieran cumplido las reglas previstas en el art. 53.1.c) ET la plantilla de la empresa en la fecha indicada sería de 25 trabajadores, aunque esta conclusión hubiera requerido de otro planteamiento no invocado en el caso analizado.

2. JORNADA

A) Ampliación de jornada. Licitud de la ampliación de jornada a 37,5 horas semanales realizada por la Disposición Adicional Primera de la Ley 6/2011 de la Comunidad de Madrid

STSJ de Madrid de 17 de abril de 2012 (conflicto colectivo 7/2012), IL J 577/2012.

1. Los sindicatos Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (CC.OO.) y Coalición Sindical Independiente de Trabajadores de Madrid (CSIT-UP) dedujeron ante la Audiencia Nacional demanda conjunta de conflicto colectivo, frente a la Comunidad de Madrid, y más en concreto frente a la Disposición Adicional Primera de la Ley 6/2011 sobre reordenación del tiempo de trabajo de empleados públicos, por la cual se acuerda la ampliación de la jornada ordinaria de trabajo en un promedio semanal no inferior a 37 horas y 30 minutos de promedio, con la consiguiente repercusión de esta medida en otros aspectos vinculados al tiempo de ejecución del contrato de trabajo como son los turnos, horarios, descansos y retribución.

Interesa destacar como antecedente que las relaciones laborales de los empleados públicos de la Comunidad de Madrid se regían por el convenio colectivo del personal laboral de Madrid, vencido el pasado 31 de diciembre de 2007, y en situación de ultraactividad al momento de publicación de la Ley 6/2011. Citado convenio estipulada un promedio de jornada semanal de 35 horas a desarrollar en 210 jornadas de trabajo de 7 horas diarias.

2. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima la demanda interpuesta, si bien cuenta con un voto particular del Magistrado D. Juan Miguel Torres Andrés.

Los principales argumentos desestimados por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid serían los tres siguientes: 1.º) Ausencia de capacidad normativa de la Comunidad de Madrid en materia de jornada de los empleados públicos, por ser la legislación laboral competencia exclusiva del estado; 2.º) Lesión del artículo 37.1 en relación a lo dispuesto en el artículo 28 de la CE, es decir, vulneración del derecho a la negociación colectiva, por contrariar la norma impugnada lo previsto sobre jornada en el convenio colectivo de aplicación a este personal; 3.º) Nulidad de la decisión por implicar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sin respetar la tramitación procedimental estatutaria.

A continuación se desarrollan brevemente estos argumentos:

2.1. Carencia de competencias normativas de la Comunidad de Madrid en materia de regulación laboral de los empleados públicos, por tratarse de una competencia exclusiva del Estado a tenor de lo dispuesto en el art. 149.1.7.ª de la CE.

Rechaza la Sala este argumento, aplicando de forma analógica la solución otorgada por el Tribunal Constitucional en su STC 105/2000 (RTC 2000, 105), invocación de la STC 105/2000 que determinó, respecto al personal adscrito a la Administración de Justicia, que era posible que las CC.AA. regulen la jornada de estos empleados públicos, cuando formen parte de su personal tras haber asumido la correspondiente transferencia de competencias en la materia (pese a que, como es sabido, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la Administración de Justicia *ex* artículo 149.1.5.ª de la CE).

Para el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la competencia exclusiva estatal en materia de legislación laboral (149.1.7.^a) alcanzaría sólo a la determinación de la duración máxima de la jornada laboral, a la que reconoce carácter de competencia exclusiva estatal, materializada en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores al fijar un máximo de 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

Ahora bien, para fijar, en el caso concreto de cada Administración, qué jornadas realizan sus empleados laborales, ya no entra en juego el artículo 149.1.17.^a, porque lo contrario supondría que el Estado tendría que fijar la duración máxima de la jornada de todas y cada una de las Administraciones Públicas.

En su apoyo cita el preámbulo del EBEP, que señala como principio inspirador la aspiración de ordenar el sistema de empleo público en su conjunto, respetando las facultades de autoorganización de las Administraciones Públicas.

2.2. Respecto a la segunda de las causas de impugnación (vulneración del derecho a la negociación colectiva de la ley de la CM 6/2011 al alterar lo pactado colectivamente), se remite la Sala a lo ya resuelto por el TC mediante Auto 85/2010, al resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el RDLey 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptaron medidas extraordinarias en orden a reducir el déficit público, reduciéndose a tal fin el salario del sector público en un 5% en términos anuales. Para el Alto Tribunal, del artículo 37.1 no emana ni deriva la supuesta intangibilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida, insistiendo el Tribunal en que, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino más genéricamente a las normas de mayor rango jerárquico, y no al contrario.

2.3. El tercer argumento contenido en la demanda se concretaba en el hecho de que el establecimiento de una jornada de 37,5 horas semanales supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que no ha seguido el trámite establecido en el artículo 41.

Para el TSJ de Madrid, no cabe invocar modificación sustancial de las condiciones de trabajo respecto de las circunstancias que traen causa directa y obligada de una Ley, no precisando por esta causa la tramitación procedimental estatutaria, como tampoco la requirió en su día la adaptación que debieron hacer las empresas para dar efectividad a la jornada laboral de 40 horas semanales establecida en la Ley 4/83 de 29 de junio.

3. Como antecedentes del contenido de esta Sentencia, se alude a los preexistentes entre el Estado y las diversas Comunidades Autónomas a raíz de la regulación por parte de uno y otras de las condiciones de trabajo del personal adscrito a la atención de la Administración de Justicia; la aplicación del RDLey 8/10 que acordó la reducción de las retribuciones de los empleados públicos, fijándolas por debajo de lo establecido en la correspondiente Ley Presupuestaria y en convenios colectivos o, finalmente, la resolución del conflicto colectivo que en su día hubo con los controladores aéreos, a raíz de la entrada en vigor de una disposición legal que, a fin de poder cumplir los compromisos internacionales asumidos a nivel comunitario en materia de tráfico aéreo, dejó sin efecto la aplicación de lo pactado por vía de negociación colectiva, uno de cuyos puntos principales era la jornada laboral de aquel colectivo.

B) Horas extraordinarias. Cálculo de su valor para el personal de seguridad pública y privada

SSTSJ de Madrid de 18 de enero de 2012 (recurso de suplicación 1770/2011), IL J 425; **18 de enero de 2012** (recurso de suplicación 2253/2011), IL J 426; **20 de enero de 2012** (recurso de suplicación 1746/2011), IL J 433; y **25 de enero de 2012** (conflicto colectivo 97/2009), IL J 439.

SSTS de 20 de marzo de 2012 (recurso de casación para la unificación de doctrina), IL J 374; **13 de marzo de 2012** (recurso de casación para la unificación de doctrina), IL J 371; **2 de marzo de 2012** (recurso de casación para la unificación de doctrina), IL J 364 y **29 de febrero de 2012** (recurso de casación para la unificación de doctrina), IL J 360.

1. Alterando mínimamente la estructura de estas crónicas, nos vemos abocados a comentar conjuntamente las cuatro sentencias del TSJ de Madrid junto a las cuatro Sentencias del Tribunal Supremo, dada su diferente respuesta a una misma cuestión: cuál es el precio del valor de la hora ordinaria que corresponde al personal de vigilancia y seguridad privada, en orden a fijar la retribución mínima de la hora extraordinaria.

Las cuatro Sentencias falladas por el TSJ de Madrid responden a otras tantas demandas en reclamación de cantidad por actores individuales frente a diferentes empresas del ramo de la seguridad privada: Eulen Seguridad, S.A., Prosegur Compañía de Seguridad, S.A. o Antares Seguridad S.A.

En ellas se entiende que para determinar el valor de la hora ordinaria, y por ende para fijar el valor mínimo de la hora extraordinaria, deben incluirse los pluses de nocturnidad, escolta, peligrosidad por portar armas de fuego y festividad.

Por su parte, las SSTs, Sala de lo Social, más arriba referenciadas, se corresponden a cuatro recursos de casación para unificación de doctrina, interpuestos todos ellos frente a sendas Sentencias del TSJ de Baleares por las que se condenaba a una misma empresa, Transportes Blindados, S.A., en procedimiento de reclamación de cantidad, siendo esta última la diferencia salarial en el abono de horas extras.

Curiosamente, por lo que luego diremos, se utiliza como Sentencia de contraste la del TSJ de Madrid de 22 de septiembre de 2008.

En todas ellas se razona, al contrario de lo fijado por la STSJ de Madrid, que los pluses de peligrosidad, nocturnidad y festivos no deben ser incluidos en el valor de la hora ordinaria, ni integran por tanto el valor mínimo de la hora extraordinaria. Y ello con independencia de que se abonen en la proporción que corresponda, si la hora extra se desarrolla en alguna de las circunstancias que retribuyen estos pluses.

2. Como ya hemos avanzado, concurren en esta crónica cuatro resoluciones judiciales del TSJ de Madrid que defienden un criterio en la determinación del valor de la hora ordinaria en el sector de la vigilancia y seguridad privada, frente a cuatro Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que defienden el criterio contrario.

El argumento por el que la Sala de lo Social del TSJ de Madrid defiende la inclusión de los pluses de nocturnidad, escolta, peligrosidad por portar armas de fuego y festividad, descansa no sólo en la innegable naturaleza salarial de estos conceptos; les reconoce la Sala

además, un innegable carácter ordinario en atención a puesto desempeñado y a la forma de desarrollar la actividad laboral de que se trate por razón de las características del puesto de trabajo o de la forma de realizar su actividad profesional.

Para la Sala del TSJ de Madrid no cabe confundir dos situaciones distintas que en realidad son dispares: una cosa es que las horas extraordinarias realizadas en determinadas condiciones tales como el horario nocturno, funciones de escolta, etc., sean tributarias del consiguiente complemento salarial de puesto de trabajo que se anuda a las circunstancias fácticas apuntadas, y otra, bien distinta, la fórmula de cálculo del precio unitario de la hora ordinaria de trabajo, que es independiente del cuándo y de qué modo se lleve a cabo el exceso de jornada que estas últimas vienen a retribuir, y que por ello debe comprender todos los complementos de puesto de trabajo lucrados en cómputo anual.

Totalmente contraria es la doctrina contenida en las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Para este Alto Tribunal los pluses de peligrosidad, nocturnidad y plus festivos que 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. Es fácil concluir, más allá de personales preferencias por una doctrina u otra, que si excusas de inadmisibilidad no lo impiden, terminará imponiéndose la doctrina del Alto Tribunal, recaída precisamente en Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina.

C) Modificación de las condiciones laborales. Reducción de jornada de profesores de religión. No supone modificación sustancial de las condiciones de trabajo

SSTS de 13 de marzo de 2012 (recurso de casación para la unificación de doctrina), IL J 482, y de **9 de marzo de 2012** (recurso de casación para la unificación de doctrina), IL J 514.

1. Las dos Sentencias referenciadas parten de supuestos fácticos muy similares.

Se trata de profesores de religión, que son contratados cada mes de septiembre coincidiendo con el periodo escolar.

En la última contratación, todos los reclamantes experimentan una disminución de las horas lectivas, con proporcional disminución de salario, sin que la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía observe los requisitos establecidos en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Impugnada esta decisión ante la jurisdicción social, en ambos casos los actores ven estimadas sus pretensiones ante el Juzgado de lo Social, en Sentencia que será posteriormente confirmada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía.

2. Interpuesto recurso por la Consejería de Educación de Andalucía, el mismo es estimado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Para la Sala de lo Social, la especialidad de la relación laboral justifica la particularidad de su régimen normativo.

Las Disposiciones Adicionales 2.^a y 3.^a del artículo 4.2 del Real Decreto 696/2007 permiten el ajuste de la jornada en función de las necesidades de la planificación educativa; planificación que está en función de unas necesidades de enseñanza que tienen proyección laboral especialmente variable en atención al carácter voluntario de la enseñanza de la religión.

Ello justifica que las Administraciones competentes puedan establecer, «a la vista de las necesidades de cada centro al inicio del curso escolar la duración de la jornada, sin necesidad de acudir a las reglas sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidos en el artículo 41». Fundamenta el Alto Tribunal que no nos hallamos sino ante una característica de este tipo de contratos cual es la variabilidad de la jornada en atención a las necesidades de los centros.

Tampoco se entiende vulnerado el artículo 12.4.e) del Estatuto de los Trabajadores, pues no se produce una modificación de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial.

3. Preceden a estas Sentencias en términos muy similares, tanto fácticos como jurídicos, las SSTs, Sala de lo Social, de 16 y 20 de diciembre de 201, IL J 145 y 150].

D) Permiso por hospitalización de familiar. El simple parte de alta hospitalaria no acompañado del alta médica no determina por sí misma la extinción o finalización del permiso: Convenio colectivo de CEPSA

STS de 5 de marzo de 2012 (recurso de casación), IL J 332, y **SAN de 19 de noviembre de 2012** (conflicto colectivo 220/2011), IL J 219.

1. En la STS el Comité Intercentros de la Empresa Compañía Española de Petróleos S.A (CEPSA) planteó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Pretendía en su demanda se declarara el derecho de los afectados por el convenio a disfrutar, en caso de hospitalización de familiares el número de días previsto en la norma colectiva con independencia de la duración del tiempo de hospitalización, siendo irrelevante el motivo de la misma.

En la SAN se siguió demanda por la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras contra la empresa Centros Comerciales Carrefour.

Comisiones Obreras solicitaba se declarase el derecho de los trabajadores al disfrute de tres días de licencia retribuida en el caso de intervención quirúrgica de pariente enfermo con hospitalización y/o reposo domiciliario, y ello con independencia de los días en que dicho familiar haya estado hospitalizado.

Pretenden, en definitiva, la homologación con el supuesto previsto en la norma colectiva de enfermedad grave, ya que, en su opinión, el ET equipara enfermedad grave y hospitalización.

2. Para el TS, de la literalidad del precepto cabe deducir que basta con que se produzca la hospitalización para que nazca el derecho, sin necesidad de que el motivo de la hospitalización sea enfermedad grave. A esta conclusión llega por la literalidad de la expresión «o» utilizada en el artículo 37.3.b) del ET.

Para el Alto Tribunal, la experiencia demuestra que el alta hospitalaria no va acompañada del alta médica ni siquiera en los supuestos de cirugía menor, sino que casi siempre es dada con la recomendación facultativa de que la atención sanitaria recibida vaya seguida de un periodo de reposo.

Por esta razón, concluye que se mantiene el derecho a los días de permiso previstos en la norma colectiva, aun cuando durante los mismos se otorgue al beneficiado alta hospitalaria.

El caso analizado de la Audiencia Nacional comparte similares razonamientos jurídicos. Para la Sala no cabe equiparar enfermedad grave con hospitalización, atendiendo a la evolución que ha experimentado la doctrina y jurisprudencia en esta materia.

Para ello se ampara precisamente en la tesis de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, conforme a la cual la hospitalización está protegida con independencia de si deriva o no de enfermedad grave.

Por ello, concluye la Sala de la Audiencia Nacional que, siendo la enfermedad grave y la hospitalización (derivada o no de intervención quirúrgica) dos supuestos distintos y separados, equiparados legalmente tan sólo en que ambos dan derecho a dos días de permiso, es perfectamente defendible que el convenio colectivo mejore el régimen jurídico de uno y no de otro.

3. Como antecedente de esta doctrina, puede consultarse la STS de 23 de abril de 2009, RJ 2009/3249.

3. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Conflicto colectivo. Traslado de trabajadores a otro centro de trabajo. Consulta a los representantes de los trabajadores

SAN de 23 de diciembre de 2011 (conflicto colectivo 181/2011), IL J 225/2012.

1. Los trabajadores integrados en el colectivo personal denominado Técnicos Administrativos, en número de 84, han sido trasladados a otros centros de trabajo, diferentes de aquellos en los que venían prestando sus servicios. La empresa tiene 2.700 trabajadores. Conforme al Convenio Colectivo se crea un Comité intercentros en el que descansa la representatividad de los trabajadores.

2. El sindicato que formula la demanda de conflicto colectivo entiende que el traslado es nulo de pleno derecho por no haberse seguido el periodo de consultas ante la representación legal o sindical, y ello conforme a lo dispuesto en los arts. 40.2.c) y 40.2, párrafo 5.º La Sala rechaza tal planteamiento acudiendo a la sentencia de dicho órgano jurisdiccional de 17-3-10, donde señala: «Pese a que todos ellos constituyen un trasunto de la directiva

75/129 CE (LCEur 1975, 40), derogada y sustituida por la Directiva 98/59 CE (LCEur 1998, 2531) a diferencia de lo que acontece en el art. 41.2 del ET, relativo al carácter individual, plural o colectivo de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo cuando estas atañen a cambios funcionales o al horario, y en el art. 51, sobre despido colectivo, preceptos que en ningún momento aluden a la figura del centro de trabajo; art. 40.2 del ET, habla en primer término de “centro de trabajo” y ello tanto para referirse al traslado cuando a la totalidad de su plantilla se refiere, como cuando la medida no alcanza a todos los trabajadores de un mismo centro, y esta circunstancia impide que pueda llevarse a cabo una interpretación uniforme del criterio numérico empleado en los mismos y permite afirmar que la remisión debe entenderse hecha siempre al centro de trabajo en el caso del art. 40, en el supuesto de que este exista como tal unidad productiva autónoma dentro de la empresa», y asimismo a una «interpretación sistemática del precepto, así el art. 64.1.4.b) del ET el otro precepto destinado por el ET a regular los traslados, también distingue entre el traslado de la totalidad o de una parte de las instalaciones de un centro de trabajo para exigir, en ambos supuestos, la emisión de un informe previo por los representantes de los trabajadores, sino que es la que mejor se compadece con el propio concepto de traslado, que comporta un cambio de residencia del trabajador al encomendarle la empresa la prestación de servicios en un centro de trabajo distinto del suyo habitual y, por ende, se excluye la noción de traslado cuando el contrato se concierta directamente para prestar servicios en centros de trabajo móviles o itinerantes», lo que se conecta con la Directiva 98/59/99 que refiere el concepto de despidos colectivos al número de trabajadores habitualmente empleados en un centro de trabajo. Por tanto, un traslado es colectivo o no según el número de trabajadores afectados en cada centro de trabajo y no por los trasladados en la totalidad de la empresa.

3. La Sala de la Audiencia Nacional, acudiendo tanto a la interpretación literal del precepto que refiere —art. 40.2 ET—, como a la interpretación sistemática, alude al centro de trabajo y no al número de trabajadores, y sostiene que sobre el centro de trabajo debe pivotar el número para que pueda considerarse el traslado colectivo, con ello no se exige en este caso el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores.

B) Conflictos colectivos. Traslados en el marco de un ERE

SAN de 2 de febrero de 2012 (conflicto colectivo 13/2012), IL J 231/2012.

1. Consecuencia de la integración de varias Cajas en una entidad bancaria nueva, con fecha 29-12-10 se inició con la representación sindical periodo de consultas en el marco de un ERE alcanzándose un acuerdo el 3-1-11, en el que se hace constar que «pone fin al período de consultas a efectos de lo previsto en: el art. 40 del RLET en relación con lo establecido en el apartado 3 del artículo 95 del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorros; el art. 41 y 47.1 del TRLET; el art. 51 del mismo texto legal». Consecuencia del ERE se extinguieron contratos de trabajo. Asimismo la empresa remitió comunicación en virtud de tal ERE, al menos a 154 trabajadores, informándoles del traslado.

2. La cuestión a determinar por la Sala es si los traslados se llevaron a cabo conforme a derecho, pues los demandantes de conflicto colectivo interesan la nulidad por no seguirse el trámite del art. 40.2 ET.

Para la Sala de lo Social de la AN, teniendo en cuenta que ha existido un acuerdo en el marco de la integración, negociado entre la patronal y los representantes sindicales, lo que fue asumido en el periodo de consultas del ERE, la fuente de los traslados controvertidos es tal pacto colectivo, válidamente negociado y adoptado conforme al procedimiento del art. 40 ET en la medida en que lo exigen los arts. 44 y 51 ET.

3. Existente ERE, por tal sustanciación de negociación y acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores y en el que se debaten y conforme a él se producen extinciones de contrato y traslados, el ámbito del art. 51 ET es más amplio que el estricto del art. 40 ET.

4. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) AENA. Inexistencia de modificaciones sustanciales del contrato

STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2011 (recurso de suplicación 1479/2011), IL J 292/2012.

1. El trabajador vino prestando servicios para AENA como controlador aéreo y ante referir varios incumplimientos contractuales como consecuencia del cambio normativo interesa la extinción del contrato, lo que fue desestimado por el Juzgador de instancia.

2. La Sala de lo Social del TSJ reitera una serie de pronunciamientos dictados sobre la misma materia y personal de AENA, destacando los efectos de la cosa juzgada positiva de la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2010 y destacando que en dicha sentencia se razona el no proceder a la reposición íntegra de los derechos establecidos en el I Convenio Colectivo, pues ello conculcaría la Ley 19/2010, de 14 de diciembre, cuya constitucionalidad no se pone en duda. Pero, aún más, sostiene la sentencia que para que opere la extinción es necesario que la modificación menoscabe la dignidad y formación del trabajador, lo que nada consta ni siquiera en la demanda. La extinción se basa en la vulneración de la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva lo que conecta con incumplimientos contractuales individuales. Ello queda desvirtuado por el propio efecto de la cosa Juzgada positiva de la sentencia de la AN. Se trata, en definitiva, de que lo que el recurrente denomina modificaciones sustanciales son en realidad consecuencia de repetidas disposiciones legales y por ello no se puede entender que la empresa incumpliera obligaciones contractuales, sino que se trata de meros actos aplicativos de los cambios normativos.

3. Como resumen: el trabajador interesa la resolución de contrato por modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la Sala aplica el efecto de la cosa juzgada positiva en relación con la SAN 10 de mayo de 2010 a los efectos de rechazar la vulneración de derecho de la libertad sindical y la negociación colectiva y reitera que nunca puede ser entendida una modificación de condiciones del contrato de trabajo si tal deviene de un cambio normativo.

B) AENA. Reducción salarial procedente. Modificación de condiciones de trabajo

STSJ de Madrid de 11 de enero de 2012 (recurso de suplicación 2451/2011), IL J 406/2012.

1. Los trabajadores prestan servicios como controladores aéreos, y se encuentran en la denominada licencia especial retribuida —LER— previa a la jubilación, percibiendo desde entonces y hasta febrero de 2010 un porcentaje salarial del salario ordinario y fijo —SOF— integrado por sueldo base, antigüedad, nivel profesional, puesto de trabajo, jefatura y complemento diverso. Como consecuencia de la promulgación del RD-ley 1/2010, de prestación de servicios de tránsito aéreo, sustituido después por Ley 9/2010, de 14 de abril, dio lugar en marzo de 2010 a los cambios en nómina, siendo minorados los salarios. Los trabajadores reclaman las diferencias salariales, lo que es desestimado en la instancia.

2. La Sala de lo Social, acudiendo a la doctrina sobre la denegación de extinción del contrato por modificación sustancial en diversas sentencias, señala que la variación de las condiciones de trabajo deriva en el presente caso 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, siendo esta norma de rango superior al Convenio Colectivo y teniendo la presunción de constitucionalidad (legalidad y legitimidad), y es que la eficacia y aplicabilidad del convenio no podrá alterarse 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. Asimismo reitera el contenido de la sentencia de la Audiencia Nacional de 10-5-10, concluyendo en la desestimación del recurso.

3. La Sala de nuevo reitera la solución del binomio Ley-Convenio Colectivo, dando primacía a la Ley conforme reiterada doctrina constitucional, en cuanto señala que la limitación de la autonomía colectiva del sector público nace de la unidad del ordenamiento jurídico que supone, entre otras consecuencias, el respeto por la norma pactada de derecho necesario establecido por la ley, que en razón de la superior posición de la Ley 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 por tanto excluidas de la negociación colectiva. Añadiendo que igualmente aquella limitación puede originarse en virtud de circunstancias que aconsejen una política de control salarial que pueden legitimar condicionamientos y limitaciones temporales a la contratación colectiva. En este sentido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado positivamente a favor de la limitación en los incrementos salariales que afecten al personal de la Administración Pública, declarando que esta limitación no vulnera el artículo 14 de la Constitución, Sentencias 58/1985 y 63/1986 (RTC 19863); precisando, la Sentencia núm. 96/1990 (RTC 19906), que el límite retributivo del personal de la Administración Pública no vulnera el artículo 14 ni tampoco el 37.1 de la Constitución, añadiendo la Sentencia 210/1990 (RTC 199010) que el Convenio Colectivo es una norma que sólo tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia en el campo de juego que la ley señala.

C) Modificación sustancial de condiciones de trabajo.**Inexistencia. Variación de turnos**

STSJ de Galicia de 12 de enero de 2012 (recurso de suplicación 4843/2011), IL J 409/2012.

1. La trabajadora viene prestando servicios como teleoperadora. Desde el inicio de la relación laboral trabajó en turnos de mañana, tarde y noche, si bien, desde el año 2008 hacía turno preferentemente de mañana, máxime al integrarse en el 2009 en el grupo de «Recobros», con horario de 8 a 16 o de 9 a 17. En los años 2009 y 2010 esta no realizó turno de tarde ninguna semana. Según los nuevos horarios la trabajadora tiene asignado turno de tarde. Con el nuevo horario la empresa pretende que en el departamento al que pertenece la actora presten servicios en turno de tarde un total de cuatro trabajadores, en lugar de tres, como acontecía antes de los cambios, estableciendo para ello un turno rotatorio entre los agentes adscritos al turno de mañana. La trabajadora impugnó en sede judicial, siendo estimada la pretensión por el Juzgado de lo Social.

2. A través del recurso la sala examina en razón a los motivos de derecho los límites del ejercicio del poder de dirección (art. 20.2 y 39 ET) y por tal la legitimidad empresarial a la movilidad funcional, acudiendo a la doctrina jurisprudencial. Así, la Sentencia de 3 de abril de 1995 (Recurso 2252/1994) declaraba la necesidad de que las modificaciones, para ser sustanciales, habían de producir perjuicios al trabajador; la de 11 de noviembre de 1997 (recurso 1281/1997), en litigio de la misma empresa, recordaba que «la doctrina de esta Sala en sus Sentencias de 17 de julio de 1986 y 3 de diciembre de 1987, que ha establecido que por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista “ad exemplum” del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del “ius variandi” empresarial» (STS de 22 de septiembre de 2003, recurso 122/2002). La sala considera que, partiendo del dato fáctico de que la trabajadora prestara servicios en turnos de mañana, tarde y noche, según las necesidades del servicio, trabajo que ha desarrollado, el hecho de que la trabajadora trabajó en tres semanas al año no implica abuso para la trabajadora ni implantación de un turno rotatorio, lo que veda el Convenio Colectivo y por tal entra «dentro de la facultad que tenía el empresario de variar el turno de la actora, supone ejercicio del *ius variandi* empresarial, reconocido en el artículo 20 del ET y se trata de una medida que cumple las exigencias del artículo 39 del ET, pues no es una medida discriminatoria, pues afecta a todos los compañeros por igual, está dentro de la buena fe contractual, en tanto en cuanto la trabajadora pactó expresamente en su contrato de trabajo esa posibilidad, y de hecho trabajó en turnos de mañana, tarde y noche desde el inicio de la relación laboral, y se respeta la titulación profesional de la trabajadora y no se perjudica su formación», y por tal revoca la sentencia de instancia.

3. Por tal la sala razona, en el debate siempre cuestionado, cuándo estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo y cuándo ante un ejercicio de poder de dirección y por tal movilidad funcional, y así lo conecta con el concreto de sustancialidad

reiteradamente destacado por nuestra jurisprudencia. En el presente supuesto, como quiera que del relato de hechos probados la trabajadora, en su contrato, pactó jornada de mañana tarde y noche, y que por otro lado vino prestando tal servicio en su prestación de servicios, ello delimita que no estemos en una modificación sustancial y por el contrario estemos ante un ejercicio del poder de dirección.

LOURDES LÓPEZ CUMBRE (Directora)
ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ (Coordinadora)
FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA
MARTA CIMAS SOTO
MARÍA ANTONIA CORRALES MORENO
DAVID LANTARÓN BARQUÍN
MARINA REVUELTA GARCÍA
MONTSERRAT RUIZ CUESTA
CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO.
 - A) **Causas de extinción contractual.**
 - B) **Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica.**
 3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN.
 4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS.
 - A) **Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Art. 52.c) ET.**
 - B) **Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación.**
 5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO.
 - A) **La caducidad de la acción.**
 6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA.
 7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA.
 - A) **Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia.**
 - B) **La indemnización: cuantía y cálculo.**
 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 y del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la *Revista Información Laboral*, números 3 a 6 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 primera de las causas de extinción del contrato de trabajo, el **mutuo acuerdo de las partes** [art. 49.1.a) ET], que se documenta a través del denominado «finiquito», es analizada en la **STS de 12 de marzo de 2012**, IL J 464/2012 (rcud 2462/2011). La cuestión debatida se centra en el valor que deba otorgarse a un finiquito suscrito por las partes, en orden a la extinción del contrato, al término de la temporada de esquí del año 2010. La actora había atendido tres temporadas diferentes por medio de contratos por obra o servicio determinado. De este modo, al no ser llamada para la temporada del año 2011, presentó demanda por despido que fue declarado improcedente. El criterio del alto Tribunal es que, si bien el finiquito es la manifestación externa de un mutuo acuerdo de las partes, debe precisarse con respecto a su eficacia jurídica que no cumplía función transaccional alguna.

La Sala argumenta en su FJ 3.º:

«Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, y teniendo en cuenta la declaración judicial de ineficacia de la nota de temporalidad que se hizo figurar formalmente en los contratos para obra o servicio determinado suscritos por la actora, declarando por el contrario que la relación tenía carácter de fijeza discontinua, es claro que el finiquito suscrito por las partes no respondía a ninguna función transaccional, no obstante las menciones hechas constar por el empresario sobre la rescisión del contrato de trabajo y la baja en la empresa, ya que basta con observar el desglose de los conceptos comprendidos en el importe de la cantidad que se le abona (2.075,24 euros) para cerciorarse de que la conformidad de la actora se refería únicamente a quedar satisfecha con la liquidación de los conceptos retributivos que se le adeudaban, y no a quedar indemnizada por la extinción de su relación laboral de carácter indefinido».

Del artículo 49.1.b) ET, que autoriza la extinción del contrato por las causas en él válidamente consignadas, salvo que constituyan abuso de derecho por parte del empresario, trata la **STS de 14 de diciembre de 2011**, IL J 238/2012 (rcud 774/2011). Esta examina una cláusula resolutoria contractual de rendimiento mínimo, que por abusiva determinó la improcedencia del despido practicado por la empresa. Su aplicación se efectuó con apoyo en meros resultados o cifras de ventas, pero sin ofrecer referencia alguna a los elementos objetivos o subjetivos que pudieran influir en la valoración de la existencia de incumplimiento por parte del trabajador.

No constituye causa de extinción del contrato por voluntad del trabajador [art. 50.1.b) ET] el supuesto analizado en la **STS de 5 de marzo de 2012**, IL J 509/2012 (rcud 1311/2011). El retraso en el pago de los salarios no fue considerado un incumplimiento contractual grave, dada la situación de crisis económica y el acuerdo con los representantes de los trabajadores en el pago aplazado con el fin de evitar una reducción de plantilla.

La Sala razona en los términos siguientes que:

«Además, en el presente caso consta probado (ordinal quinto de los hechos probados) que los representantes de los trabajadores estaban informados y aceptaban el retraso en el pago como forma de solventar el mal momento económico, lo que era conocido por trabajadores que habían consentido cobrar con retraso para que la empresa siguiera adelante y no tuviera que reducir la plantilla. Este hecho, ajena la “ratio decidendi” que motivó nuestra sentencia de 22 de diciembre de 2008, corrobora la calificación efectuada antes sobre la relevancia del retraso en el pago. Si existía un convenio sobre el aplazamiento del pago o su no exigencia puntual, no puede estimarse que la empresa incurriese en mora porque la deuda no estaba vencida, ni era exigible (artículo 1113 del Código Civil), razón por la que si el actor no estaba conforme con ese acuerdo sólo podía pedir la rescisión del contrato con la indemnización de veinte días prevista en el art. 41.2 del ET, cosa que no hizo. Pero, aunque se estimara que el citado acuerdo, pese al contenido de los ordinales quinto y séptimo de los hechos declarados probados, no vinculaba al actor, la solución sería la misma, porque el error de la empresa al creer que era vinculante, impide calificar como graves los retrasos en que incurrió, máxime teniendo en cuenta que la crisis económico-financiera que padecemos provoca, entre otros, importantes problemas de liquidez a las empresas».

Por el contrario, no impide la acción resolutoria por incumplimiento empresarial el retraso injustificado y reiterado en el pago de los salarios, por falta de reclamación del trabajador durante un tiempo determinado (**STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2012**, IL J 724/2012 [recurso 5872/2011]). Por tanto, la Sala considera correcta la aplicación del artículo 50.1 b) ET llevada a cabo en la instancia.

El tribunal entiende que:

«el requisito de la gravedad del comportamiento es el que modela en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial, y la culpabilidad no solamente no es requisito para generarlo, sino que incluso es indiferente que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica de la empresa (SSTS 24/03/92 —rcud 413/91—; 29/12/94 —rcud 1169/94—; 13/07/98 —rcud 4808/97—; 28/09/98 —rcud 930/98—; 25/01/99 —rcud 4275/97—; y 22/12/08 —rcud 294/08—). En esta línea se mantiene que para que prospere la causa resolutoria basada en “la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado”, es necesaria —exclusivamente— la concurrencia del requisito de “gravedad” en el incumplimiento empresarial, y a los efectos de determinar tal “gravedad” debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario *ex arts.* 4.2 f) y 29.1 ET, partiendo de un criterio objetivo [independiente de la culpabilidad de la empresa], temporal [continuado y persistente en el tiempo] y cuantitativo [montante de lo adeudado], por lo que concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del

incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos (así, SSTs 25/01/99 —rcud 4275/97—; y 26/06/08 —rcud 2196/07—, en *obiter dicta*).

2. Las anteriores precisiones —excluyendo el elemento intencional en la apreciación de la causa de extinción— nos conducen a la respuesta que haya de darse a la cuestión nuclear que en el recurso se plantea, cual es si la falta de reclamación de la trabajadora durante un cierto periodo de tiempo enerva —por su transcurso— la acción extintiva, precisamente por la concurrencia de un componente también intencional en la conducta del perjudicado. Consecuencia que el recurso defiende con la doble consideración de que esa formal inacción comporta aquiescencia [se argumenta una manifestación de voluntad tácita] y de que la advertencia previa es exigencia derivada de la buena fe, de manera que la tardía —se dice— reclamación judicial extintiva integraría en tales circunstancias el ejercicio abusivo de un derecho, tratándose de actuar proscrito por el art. 7 del CC.

Discrepamos de tal planteamiento, conforme al cual la demora en la reclamación la convierte en intempestiva. Y disentimos, porque: a) con ella se trata de introducir gratuitamente en el ejercicio de la acción un requisito inexistente en la Ley, puesto que la facultad extintiva prevista en el art. 50.1.b) ET no requiere intentos previos del trabajador dirigidos a que el empresario cumpla con la obligación que le impone el art. 4.2.f) del mismo Estatuto, operando la causa extintiva —como hemos visto— de manera totalmente objetiva; b) no hay que olvidar que el art. 50 ET no deja de ser trasunto laboral del art. 1.124 CC, que permite al perjudicado por el incumplimiento ajeno “escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos”, sin condicionar en forma alguna la solicitud de resolución por incumplimiento a la previa exigencia de que la obligación sea cumplida; c) la tesis recurrente comporta rechazable inseguridad jurídica para el trabajador, que se vería en la impuesta —y desconcertante— situación de esperar a que el retraso en el pago revista de la suficiente gravedad por su reiteración como para justificar la resolución del contrato [incumplimiento reiterado], pero sin llegar a un punto tal en el que la falta de reclamación frente a la desatención obligacional por el empresario pueda valorarse como aquiescencia [incumplimiento consentido]; d) admitir el pretendido consentimiento tácito, no solamente supone la inválida renuncia al derecho de instar judicialmente la extinción del contrato mediando causa legal [arts. 24.1 CE y 3.5 ET], sino que en todo caso se presenta como una invitación a la litigiosidad, por sancionarse al trabajador más comprensivo —paciente— con los incumplimientos empresariales; e) resulta paradójico que quien incumple sistemáticamente una obligación contractual [la retributiva], argumente la buena fe de la otra parte para excluir que el perjudicado por tal incumplimiento [el trabajador] ejercite finalmente el derecho que la Ley le confiere como posible reacción a la vulneración de aquel básico deber; y f) el ejercicio de los derechos únicamente es modulable por la inactividad de su titular cuando el legislador —en causa a la seguridad del tráfico jurídico— considera oportuno establecer un determinado periodo de tiempo tras el cual decaen y se consideran legalmente fenecidos por el transcurso de los plazos de por prescripción o caducidad, lo que no ha hecho específicamente respecto de la extinción del contrato por voluntad del trabajador.

Por lo demás, es evidente que la polémica sobre el medio de pago del salario no justifica la actuación de la empresa, pues lo que ella pretende es seguir con el abono en metálico pero sin documentación por medio de la cual dejar constancia del cumplimiento de esa obligación, lo cual contraviene la obligación que le impone el art. 29.1 ET en su párrafo tercero».

Otro supuesto de acción resolutoria por incumplimiento empresarial, esta vez con apoyo en el artículo 50.1.c) ET, es el de la **STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2012**, IL J 707/2012 (recurso 6912/2011). La Sala confirma la existencia de causa justificada para extinguir el contrato de trabajo a instancias del trabajador, ya que se trata de un incumplimiento grave, al estar afectada la salud del trabajador demandante sin que la empresa adoptara las medidas preventivas y de protección necesarias. También era reiterado en el tiempo, pues la incompatibilidad del trabajador con el agente químico que se utilizaba junto a su puesto de trabajo era conocida por la Inspección y por los informes del Centre de Seguretat i Salut y del Servicio de vigilancia de la Salud.

B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos.
Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica

En el análisis judicial del despido se seleccionan diversas resoluciones, que analizan la naturaleza jurídica de la relación de trabajo. Así, las **SSTS de 12 de marzo de 2012**, IL J 369/2012 (rcud 2152/2011) y **de 24 de abril de 2012**, IL J 630/2012 (rcud 2260/2011), examinan un supuesto de contratación temporal fraudulenta para obra o servicio determinado. Dada la naturaleza permanente de la actividad para la que fueron contratados por la empresa pública (prevención y extinción de incendios), el contrato suscrito por los trabajadores es fijo discontinuo, y su extinción constituye un despido improcedente.

La Sala argumenta en la primera de las sentencias mencionadas:

«Es cierto que en el presente caso concurre la circunstancia específica de que el recurrente fue contratado por una sola temporada de incendios y ello plantea la cuestión acerca de si con una sola contratación también habría de aceptarse la figura de trabajador fijo discontinuo en todo caso; pero, teniendo en cuenta que, su contrato por una temporada lo fue para obra o servicio determinado y por una empresa cuya actividad permanente tiene por objeto la extinción de incendios, la contratación por tiempo para llevar a cabo la misma actividad carece justificación cuando se trata de la figura del Art. 15.e) del Estatuto de los Trabajadores».

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

De 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 **STS de 13 de marzo de 2012**, IL J 605/2012 (rcud 1498/2011). Esta confirma la sentencia recurrida que declaró la procedencia del despido de que fue objeto el actor. En ella se analiza el uso incorrecto del crédito horario por parte de un representante de los trabajadores y la validez de la prueba de detectives.

En este sentido, la Sala señala:

«La empresa no contrató a los detectives para vigilar al trabajador una vez que éste solicitó los días para actividades sindicales, sino que el trabajador una vez que recibía la llamada del “cliente” haciéndole un pedido, es cuando solicitaba los días para actividades sindica-

les, por lo que la empresa ya tenía conocimiento de que ninguna actividad sindical iba a desarrollar el trabajador simplemente necesitaba probarlo y es en este contexto —y no en otro— en el que ha de valorarse la prueba practicada. Ninguna vigilancia singular se llevó a cabo; sólo una vigilancia ordinaria para constatar que el trabajador, dueño de un negocio similar al del empresario solo cuando recibía un pedido, solicitaba el crédito sindical para poder atenderlo. Sólo en el contexto del supuesto concreto puede entenderse la vigilancia del trabajador, pues es reiterada la doctrina jurisprudencial que mantiene que los representantes de los trabajadores tienen derecho a desempeñar sus funciones “sin ser sometidos a vigilancia singular” en los términos que señala la STS de 29 de septiembre de 1989, que proscribió tal tipo de vigilancia, en tanto que “supone una traba o limitación a su derecho de libre libertad o libre ejercicio del cargo”. Lo cual no significa la proscripción de la prueba de detectives, que solo constituye un obstáculo para el ejercicio de tales funciones en los supuestos de desproporción de la medida cuando se lleva a cabo con vulneración de derechos fundamentales. En el presente caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes antes expuestas, ha de estimarse que la vigilancia mediante detectives fue proporcionada, pues se limitó a los dos días en los que la empresa sospechaba que la ausencia anunciada estaba motivada por los propios intereses del trabajador, sin rebasar la hora de conclusión de la jornada de trabajo.

La actuación representativa realizada durante el tiempo de utilización del crédito horario se halla amparada por la presunción de probidad, destruye mediante prueba en contrario, lo que no excluye el control empresarial sobre el ejercicio de tal actividad representativa-sindical y del uso del crédito horario, pues “es evidente que un mal uso de este último transgrede la buena fe y lealtad debida al colectivo de trabajadores representado” (STS 14/6/1990)».

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Art. 52.c) ET

La interpretación de la causa de despido económico o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [art. 52.c) ET] se plantea en la **STSJ de Baleares de 15 de febrero de 2012**, IL J 641/2012 (recurso 640/2011). En ella se analiza la procedencia de la extinción contractual por causas productivas, dada la rescisión de la contrata donde el trabajador prestaba sus servicios y ante la imposibilidad de reubicarle en otro centro de trabajo similar en la isla de Menorca.

La Sala fundamenta el fallo en los términos siguientes:

«Se trata, por tanto, de determinar si la rescisión del contrato de mantenimiento justificaba la extinción del contrato de trabajo del demandante por causas objetivas, cuestión que a juicio de la sala merece una respuesta afirmativa partiendo de que el demandante fue contratado, precisamente, para prestar servicios en el ámbito de dicha contrata, mediante contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata, como se hace constar en la primera de las cláusulas adicionales, lo que significa que el eventual cambio de puesto de trabajo que a juicio del magistrado de instancia lleva a la declaración de improcedencia de la medida extintiva sería mucho más que una medida de movilidad

geográfica y afectaría a la naturaleza del contrato, que al quedar desligado del servicio que justificó su suscripción se transformaría en un contrato por tiempo indefinido y no puede compelerse a la empresa a adoptar una decisión de ese tipo cuando concurre, como se dirá, una causa que justifica la extinción por causas objetivas. Por tanto, al extinguirse la contrata que motivó la contratación del demandante el contrato de trabajo para obra o servicio con aquél queda extinguido por haber desaparecido su objeto y no cabe ya movilidad geográfica de ningún tipo si no es en el ámbito de un nuevo contrato de trabajo. De lo que se trata, pues, es de establecer si la causa de extinción es imputable a la empresa o a causas objetivas y dependiendo de ello el despido merecerá la calificación de procedente y será adecuada la indemnización abonada o merecerá la calificación de improcedente y siendo imposible ya la readmisión en el mismo puesto de trabajo, que ya no existe, el único efecto práctico sería el reconocimiento de una indemnización superior y el abono de salarios de tramitación (...).

La sala comparte también la idea de que estamos ante una causa objetiva de carácter productivo, ya que como consecuencia de la rescisión de la contrata de mantenimiento por causas no imputables a la empresa demandada sino a la falta de pago por parte de Queserías Menorquinas y la previsible cesación total de pagos, dejó de existir el puesto de trabajo del demandante sin que pueda compelerse a la demandada, con el fin de evitar la medida extintiva, a suscribir un nuevo contrato, temporal o indefinido, para otro puesto de trabajo en alguna otra contrata en algún lugar del territorio nacional, no siendo posible la movilidad geográfica en el ámbito del contrato para obra o servicio determinado sobre cuya extinción aquí se resuelve porque como se ha dicho se trataría mucho más que de una movilidad geográfica al afectar a la naturaleza del contrato, sin que tampoco la empresa tenga obligación de asumir, tal como aduce, los gastos derivados de tal medida modificativa».

B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación

La **STS de 13 de marzo de 2012**, IL J 372/2012 (rcud 743/2011), analiza un supuesto de extinción del contrato por causas económicas, donde concurren dichas causas justificativas del despido, y queda acreditada la falta de liquidez aducida en la comunicación escrita de la empresa. Por tanto, ante la falta de puesta a disposición de la indemnización carece de relevancia la diferencia entre las cantidades que constan en la carta de despido (que es incorrecta e inferior) y la sentencia de instancia.

Por su parte, la **STS de 2 de abril de 2012**, IL J 493/2012 (rcud 2951/2011) trata de la fecha que debe tenerse en cuenta para la determinación del número de trabajadores a efectos del abono por el FOGASA del 40% de la indemnización prevista en el artículo 33.8 ET [para los despidos *ex arts. 51 y 52.c) ET*]. La fecha en que nace la responsabilidad es la del cese efectivo, y no aquella otra en que se comunica el futuro cese.

Un supuesto de incumplimiento de los trámites del despido colectivo se examina en la **STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2012**, IL J 558/2012 (recurso 5257/2011). El tribunal confirma la sentencia de instancia que declara la procedencia de los despidos por causas objetivas. Frente a la denuncia de la infracción del artículo 51.1 del ET, en cuanto que debieron seguirse los trámites previstos en él, por lo que los despidos acordados son nulos, la sentencia precisa que dicha censura no es correcta en cuanto que no cesó la actividad de la empresa sino del centro de trabajo.

Para la Sala:

«Pues bien y sobre dichos presupuestos, no cabe dar acogida a la censura articulada en este motivo, ya que, y conforme se razona en la instancia, y advierte la recurrida, la cesación de los actores no se ha producido como consecuencia del cese total de la actividad de la empresa, que es el supuesto contemplado en el art. 51.1 ET para considerar como colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla y el número de afectados sea superior a cinco, habida cuenta, por lo ya expuesto, de que la empresa tiene abiertos otros centros de trabajo, que continúan activos. Ni tampoco cabe hacer consideración alguna en relación a un supuesto fraude de ley en la adopción de unos hipotéticos ceses o despidos, al no constar la realidad y entidad de los mismos, ni el periodo de referencia, extremos que debía haber acreditado quien los alega —art. 217 LEC— dado que el fraude, que no se presume, debe probarse por quien lo aduce. Por todo ello, y constando solo el cese de actividad de un centro de trabajo, y no el de la empresa, que continúa funcionando, no es de aplicación lo dispuesto en el art. 51.1 ET, en los apartados que se citan como infringidos por los recurrentes, por lo que el presente motivo debe ser desestimado».

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

Sobre la falta de agotamiento del plazo de 20 días para incoar la acción por despido trata la **STS de 20 de diciembre de 2011**, IL J 258/2012 (rcud 1218/2011). La firma del finiquito, agotado el periodo máximo de incapacidad temporal, no implica voluntad extintiva por parte de la trabajadora, en cuanto que se trata de una mera regularización económica de la situación entre las partes, quedando la trabajadora pendiente del resultado de un expediente de incapacidad permanente. Por tanto, el cómputo del plazo de caducidad se inicia el día en que la empresa manifiesta su negativa a la reincorporación tras la denegación de la incapacidad permanente.

La **STS de 6 de marzo de 2012**, IL J 510/2012 (rcud 1870/2011), confirma la sentencia recurrida, y con ella la doctrina de que, una vez presentada la demanda de despido en plazo contra quien formalmente aparece como empleador, no cabe considerar caducada la demanda si resulta que de las alegaciones de las partes pudiera ser también verdadero empresario un tercero que no fue inicialmente demandado, efectuándose por la parte actora la ampliación de la demanda contra éste, aunque hayan transcurrido ya los veinte días hábiles desde el despido.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

De las resoluciones judiciales que declaran la procedencia del despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo [art. 54.2.d) ET] cabe destacar la **STSJ de Cataluña de 5 de marzo de 2012**, IL J 709/2012 (recurso 5194/2011). El despido se basó en el falseamiento de los partes de trabajo y en el incumplimiento de la jornada laboral, hechos que quedaron acreditados por

los datos obtenidos a través del dispositivo GPS instalado en el vehículo de la empresa y por los informes del detective privado. La sanción de despido, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, se considera adecuada y proporcionada a la gravedad de las faltas cometidas por el trabajador. Sin embargo, no considera el tribunal que haya dudas de constitucionalidad, de modo que vulneren el derecho a la intimidad (art. 18 CE), en dichas pruebas practicadas.

Al respecto, el razonamiento de la Sala es el siguiente:

«Señala el mismo Tribunal que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad y que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En el presente caso el sistema de control instalado por la empresa sobre un vehículo de su propiedad, pero utilizado por el actor para su trabajo, pues no se ha dado por probado que estuviera autorizado para hacer un uso privado del mismo, puede considerarse adecuado y proporcionado a la finalidad que se perseguía, consistente en averiguar si cumplía su jornada laboral y si la actividad que durante la misma realizaba coincidía o no con los partes de trabajo que facilitaba a la empresa. Según se recoge en los hechos probados de la sentencia de instancia a la dirección de Tessag Ibérica le llegaron noticias, a través de comentarios de empleados y de otros encargados de obras, de que el actor incumplía gravemente su jornada y su horario de trabajo, no realizando el total de la misma y no visitando las obras en determinados momentos, por lo que decidió instalar un dispositivo de GPS en su vehículo de empresa para tener localizado el vehículo todo el tiempo y conocer los sitios que visitaba durante su jornada laboral, lo que llevó a cabo el 14.4.2010 en el vehículo furgoneta Peugeot Partner matrícula [...], que le está asignado y que solo él conduce. Asimismo el 1.6.2010 le había remitido al trabajador carta en la que se le recordaba su deber de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, así como de realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien delegue y le advertía que el empresario podría adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para vigilar el cumplimiento de sus obligaciones y deberes, en concreto se le recordaba que debía cumplir con su jornada de trabajo y horario de trabajo, siendo puntual en la entrada y salida de éste, tanto en la jornada de mañana como en la tarde, siendo su jornada la siguiente: de lunes a jueves de 7,00 a 17,00 horas, disponiendo de 30 minutos para el desayuno y 60 minutos para el almuerzo, y los viernes de 7,00 a 13,00 horas, disponiendo de 30 minutos para el almuerzo.

Por consiguiente, la instalación del GPS se llevó a cabo tras haber llegado a conocimiento de la empresa que incumplía su jornada y su horario, y el control a través de dicho mecanismo se empezó a activar tras haber sido advertido expresamente el trabajador de que podían adoptarse las medidas más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales. El actor, por razón de realizar su trabajo fuera de las dependencias de la empresa, visitando las distintas obras que se llevaban a cabo, no estaba sujeto

a un control directo en cuanto a su jornada y horario. Tanto la colocación de un GPS, que lo que hace es registrar cuándo arranca y se detiene el vehículo y dónde se encuentra físicamente, como el seguimiento por medio de un detective privado, son medios adecuados y proporcionados de vigilancia y control que no afectan a su intimidad personal, pues el control se realiza durante la jornada laboral, es decir durante un tiempo en que el trabajador está a disposición del empresario para desempeñar las funciones concretas de su puesto de trabajo. Otros medios de control, como el que sugiere el recurrente, a través de su superior jerárquico que supervisaba los partes de trabajo, no hubieran sido ineficaces, ya que el superior, por no acompañarle, no está en condiciones de saber lo que hace exactamente el actor durante su trabajo.

Tampoco presenta dudas de constitucionalidad el seguimiento mediante detective privado, medio habitual de control cuando el trabajador no presta servicios en dependencias de la empresa y que no afecta a la intimidad del trabajador cuando este control se realiza en espacios públicos y durante el desarrollo de la jornada laboral, requisitos que en lo fundamental concurren en el caso enjuiciado».

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La **STSJ de Andalucía de 22 de febrero de 2012**, IL J 567/2012 (recurso 1466/2011), confirmó el fallo de la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido de un profesor de un colegio. No se apreció la gravedad suficiente para ser calificado como falta muy grave, sancionable con el despido, el hecho de que el profesor sujetara por los hombros y reprendiera a un alumno alborotador.

La Sala fundamenta el fallo en los siguientes términos:

«Como acertadamente razona la Magistrada de instancia, aunque hubo un contacto físico entre profesor y alumno, este se limitó a haber agarrado el primero al segundo con firmeza mientras le reprendía, actitud que al haber quedado proscriba de la práctica educativa generó un desconcierto evidente entre los alumnos, pero en ningún caso consta agresión física directa o indirecta consistente en golpear, empujar o estampar al menor contra la pared, sin que del informe de consulta médica se desprenda signo alguno de agresión, dado que no consta la existencia de hematomas, siendo el juicio clínico que figura en el parte del centro médico a donde fue llevado el menor por su madre y donde fue explorado y se le realizaron radiografías —que presumiblemente se basó en la manifestación del propio paciente—, de “contusión”, sin que se refleje siquiera su localización ni tamaño, y siendo meramente preventiva la prescripción de Ibuprofeno (para el caso de dolor).

Y, siendo así, la Sala estima, en coincidencia con la Juzgadora de instancia, que aunque el profesor demandante se hubiere excedido en su comportamiento al no observar la exigencia impuesta por la Dirección del centro de evitar cualquier tipo de contacto físico con los alumnos, no parece en absoluto proporcionado que el solo hecho de haber reprendido al menor por su conducta alborotadora, mientras le sujetaba por los hombros, no constando que con anterioridad hubiere incurrido en situaciones similares, sea constitutivo de la falta grave de respeto y malos tratos, de palabra u obra, prevista en el artículo 82 del Convenio Colectivo aplicable como falta muy grave, y merecedora, por tanto, de la sanción de des-

pido, la más grave que puede imponerse a un trabajador, por lo que no cabe apreciar la concurrencia de las infracciones denunciadas y debe desestimarse el motivo y el recurso confirmando la sentencia impugnada».

B) La indemnización: cuantía y cálculo

La **STS de 3 de abril de 2012**, IL J 478/2012 (rcud 956/2011), trata del cómputo de la antigüedad en un supuesto de utilización reiterada y fraudulenta de la contratación temporal. De ahí que se considere irrelevante, a efectos de considerar la unidad del vínculo contractual, que el actor no prestara servicios por un intervalo de 45 días. Esto es, no cabe reservar la calificación de contratos sucesivos solamente a los supuestos en que estén separados por intervalos no superiores a 20 días, pues sería contrario a la Directiva 1999/70, relativa al Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada. Por tanto, para el cómputo de la indemnización se tendrá en cuenta el periodo de prestación de servicios del trabajador desde el primer contrato.

De los salarios de tramitación en el marco de la reforma laboral del año 2012 trata la **STSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2012**, IL J 214/2012 (recurso 221/2012). En ella se analiza el derecho transitorio aplicable a un despido improcedente, por causas objetivas, previo a la entrada en vigor del RD-ley 3/2012. El derecho al cobro de los salarios de trámite habría sido suprimido conforme a la nueva normativa, pero la consideración del principio general de irretroactividad de las normas jurídicas (art. 2.3 Código Civil), así como de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables y de las restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE) llevó a la aplicación definitiva de la normativa precedente, es decir, al abono de dichos salarios.

La Sala argumenta en su FJ 9.º:

«Conforme lo dicho, hemos de considerar el despido actuado como improcedente, partiendo de la indiscutida antigüedad y salario fijados en el hecho probado primero de la sentencia recurrida para calcular el salario regulador de las consecuencias del despido improcedente (artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, 110 de la Ley de Procedimiento Laboral y concordantes).

En el trámite del presente recurso de suplicación ha entrado en vigor el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes del mercado laboral —disposición final decimosexta—, que modifica los efectos que la declaración de improcedencia en estos casos, pues si bien mantiene el artículo 53 punto 5 del Estatuto de los Trabajadores, que regula los efectos de la declaración de improcedencia del despido objetivo individual e improcedente, sin embargo, altera de forma importante el artículo 56 de tal Ley, al que se remite el anterior. Y lo altera en aspectos tan importantes como son el importe de la indemnización y la supresión del devengo de salarios de tramitación en concretos casos.

En cuanto a la indemnización, se pasa de la proporción de cuarenta y cinco días por año de antigüedad a la de treinta y tres. En cuanto a los salarios de tramitación solo se cobran si el despedido improcedentemente es representante legal de los trabajadores o delegado sindical (punto 4 de tal artículo) o si la empresa opta por la readmisión (punto 2). Caso de despido nulo, se mantiene la obligación de abono de salarios de tramitación, dado lo dispuesto en el artículo 55 punto 6 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre).

En cuanto al derecho transitorio, si existe norma expresa para la indemnización con respecto a concreto caso, nada se dice en cuanto a los salarios de tramitación en tal producto legislativo.

a) En cuanto a la indemnización, se regula solo el caso de que se trate de un contrato de trabajo anterior a la vigencia del Real Decreto Ley y que se produzca el despido luego de su entrada en vigor, calificándose el mismo de improcedente. Para este concreto caso, se prevé la fórmula de cálculo de la indemnización en la disposición adicional quinta, número de tal Real Decreto Ley.

Pero no es nuestro caso, pues no tratamos de un despido que se haya producido luego de su entrada en vigor, sino de un despido producido previamente a tal fecha y que es declarado improcedente. Por tanto, no hay norma específica de derecho transitorio en tal texto gubernativo con valor legal.

b) En cuanto a los salarios de tramitación, nada se dice en relación con el derecho transitorio a considerar.

Ello resulta especialmente relevante en este caso, pues conforme la anterior normativa la parte demandante tendría derecho a cobrarlos y no lo tendría conforme a la nueva. Al efecto, basta con ver la redacción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores en su actual redacción y en la inmediatamente previa.

En esta circunstancia y ante tal silencio, consideramos que se ha de aplicar la normativa previa.

En primer lugar, porque si la nueva Ley nada dice al efecto, se ha de considerar el principio general de irretroactividad de las normas jurídicas que prevé el artículo 2, punto 3 del Código Civil. Tal precepto incluido en su Título Preliminar, relativo a las normas jurídicas, su aplicación y eficacia, Título que comúnmente se asume que incide en todo nuestro ordenamiento jurídico, regulándose en el mismo tal derecho transitorio, el sistema de fuentes, las reglas que han de regir la interpretación de las normas, la analogía, la equidad, el fraude de ley, el principio “non liquet”, etc.

Además, tal criterio es el que se amolda al principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables y de las restrictivas de derechos individuales que garantiza el artículo 9, punto 3 del Constitución de 27 de diciembre de 1978. Estaríamos en este segundo caso, pues si la normativa precedente declaraba un derecho individual (el cobro de los salarios de tramitación en estos casos), la nueva Ley suprime este derecho en estos casos.

Ello se compadece mejor con el principio dogmático “tempus regit actum” y por ello, con la disposición transitoria segunda del Código Civil, norma a la que con frecuencia se suele acudir también en casos como el presente y que fija que los actos y contratos se regirán conforme la normativa del tiempo en que se celebraron (la legislación anterior en este caso)».

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de noviembre de 2011, IL J 651/2012 (recurso 1117/2011), trata de la vulneración de la libertad sindical de un candidato a elecciones en la empresa y de la consiguiente nulidad de su despido. En este sentido, señala que la OIT

ha recomendado que la protección dispensada a los representantes de los trabajadores se extienda a los candidatos, o que han sido presentados como candidatos.

Para la Sala:

«No cabe duda que los derechos que los representantes de los trabajadores tienen son extensibles a los candidatos, y como quiera que el recurrente es candidato a la elección en el momento de producirse el despido reconocido como improcedente, el 19 de enero de 2011, y que existe una decisión arbitral vinculante para las partes, por la que se le tiene que permitir la presentación a las elecciones como candidato en la lista de CC.OO., todo lo que coarte este derecho fundamental se entenderá una violación del mismo y por ende la sanción con la nulidad del despido en contra de lo que ha señalado el Juzgador.

Y es más, no queda género de dudas de la vulneración de los preceptos del recurso, siendo la respuesta contraria a la que se ha recogido en la sentencia, que no solo no ha hecho caso de la fecha en que se reconoce el despido improcedente y por ende el conocimiento de la empresa de que el cliente era candidato a las elecciones, como tampoco ha hecho caso a la resolución del laudo incorporada en la documental al proceso, amén de haber desoído lo señalado por la jurisprudencia en el sentido que por el sólo hecho de tener voluntad de presentarse a unas elecciones, se le tiene que garantizar el derecho y por ende la salvaguarda de los derechos fundamentales que en caso de vulnerarse deben repararse, siendo la forma la declaración de nulidad del despido».

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 y alcance.

- a) Garantías de los delegados sindicales.
- b) Contenido.

B) Tutela.

- a) Aspectos procesales.
- b) Negociación colectiva.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA.

A) Competencias de la representación unitaria.

- a) Derecho de consulta.

B) Duración del mandato representativo.

- a) Revocación del mandato mediante asamblea de los trabajadores.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS.

A) Falta de legitimación activa del sindicato demandante por no acreditar la implantación en el ámbito del conflicto: anulación de acuerdo de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo del personal de administración y servicios de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid.

4. HUELGA.

A) Vulneración del derecho fundamental de huelga. Prohibición de entrada a un centro de trabajo a los cargos sindicales del sindicato más representativo, para informar a los trabajadores sobre la huelga general que se estaba celebrando.

B) Inexistencia de lesión del derecho, por no haberse producido sustitución interna de trabajadores huelguistas: prestación de servicios espontánea del coordinador de la actividad y labor de apoyo puntual y por motivos de seguridad.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 3, 4 y 5 de la *Revista de Información Laboral*.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido y alcance

a) *Garantías de los delegados sindicales*

La tutela de la libertad sindical implica una protección del trabajador por el ejercicio de las tareas sindicales que, conforme a reiterada jurisprudencia, debe extenderse más allá de la realización de actividad como electo. De este modo, la mera inclusión del trabajador en una lista sindical como precandidato, siempre que de la misma tenga conocimiento la empresa, constituye un indicio suficiente para que, conforme la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la inversión de la carga de la prueba, corresponda al empresario acreditar que existían motivos serios y razonables para llevar a cabo el despido. Así, cuando el empresario reconoce la improcedencia [**STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de noviembre de 2011**, IL J 651/2012] o simplemente no puede probar las causas que alegó para el despido [**STSJ de 2 de febrero de 2012**, IL J 557/2012], éste debe ser calificado como nulo, con los consiguientes efectos previstos por la ley.

b) *Contenido*

El alcance de la libertad sindical, con las garantías y derechos que reconoce la ley, tiene una autonomía propia respecto de la protección otorgada por el ordenamiento al canal unitario de representación. Particularmente, en lo que se refiere al uso de locales para el uso de las secciones sindicales (art. 8.1 LOLS), no puede equipararse el alcance del derecho al previsto para los delegados de personal y comités de empresa en el art 81 ET. Dados los especiales requisitos exigidos en la LOLS (empresas de más de 250 trabajadores y representatividad del sindicato), no cabe hacer una interpretación extensiva de la matización que introduce el ET en relación a la disponibilidad de espacios: el derecho de la sección sindical cuando se cumplan los requisitos señalados para disponer de un local adecuado es incondicional, y la empresa no puede eludirlo alegando la falta de medios para su cumplimiento. Asimismo, debe señalarse que nada obsta para que la sección sindical disponga del espacio aun cuando el comité de empresa carezca de él (ni a que el local sea compartido) [**STS de 15 de febrero de 2012**, IL J 347/2012]. En sentido contrario, si la sección sindical carece de la mayor representatividad y de representación elegida en los órganos legales, no podrá exigir el uso de locales, por más que viniera haciéndolo en el pasado [**STSJ de Aragón de 12 de diciembre de 2011**, IL J 680/2012].

El ejercicio de las funciones sindicales exige el acceso a determinada información de la empresa para la que prestan servicio sus afiliados y el resto de trabajadores. Este derecho tiene en la práctica una configuración legal e incluso convencional, pero sea cual sea la

fuelle del mismo, la empresa viene obligada a transmitir la información correspondiente, tal y como pueden ser copias de determinados nombramientos [STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2011, IL J300/2012], pero no es un derecho ilimitado que habilite a las secciones sindicales a la elaboración de documentos concretos o con una información específica, tal como puede ser el efecto de la actualización sucesiva de las retribuciones de los directivos cuando no se ha afectado la escala [STS 23 de abril de 2012, IL J 462/2012].

B) Tutela

a) Aspectos procesales

La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales pasa por considerar la especial dificultad que ofrece la operación de desvelar la lesión encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. En el caso de la selección de las personas afectadas en el marco de un procedimiento de regulación de empleo que implique la extinción de contratos, cuando no se hayan determinado criterios objetivos, es un campo en el que la discrecionalidad del empresario justificará un especial control. Es preciso, en todo caso, aportar en el proceso de tutela hechos que supongan indicios de vulneración de la libertad sindical, como pueda ser una afectación desproporcionada de los representantes de un sindicato frente a otros o en relación al conjunto de la plantilla [STS (3.ª) de 6 de marzo de 2010, IL 365/2012]. No es por tanto suficiente la alegación de circunstancias genéricas por parte del trabajador, sino que debe tratarse de verdaderos hechos relevantes para entender que se ataca la libertad sindical. De esta forma, no puede considerarse que por el mero hecho de haber desempeñado una trabajadora de un sindicato funciones directivas quede blindada su posición indefinidamente: si tras el cese como directiva se reincorpora a su puesto de trabajo y tiempo después es despedida deberá justificar con indicios de alguna clase que ambos hechos están relacionados [STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2012, IL J 555/2012].

b) Negociación colectiva

La aprobación del RDL 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, minora las retribuciones de los empleados públicos y ha sido objeto de una notable controversia judicial, pues se ha considerado que su aprobación vulnera el derecho de negociación colectiva y afecta al Acuerdo suscrito por el Gobierno y los sindicatos, suscrito el 25 de septiembre de 2009, en el cual se pactaba una subida salarial del 0,3%. La STSJ (CA) de Cataluña de 6 de octubre de 2011, IL J 648/2012, resuelve el recurso planteado por una trabajadora disconforme con la reducción salarial operada, asumiendo la interpretación sostenida por el ATC de 7 de junio de 2011, que, como es sabido, acordó declarar la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre la posible vulneración del derecho a la negociación por la promulgación del referido RDL en base a que el RDL «no regula el régimen general del derecho a la negociación reconocida en el art. 37 CE, ni nada dispone sobre la fuerza vinculante de los convenios colectivos en general,

ni, en particular, sobre los directamente por aquellos concernidos, que mantienen la fuerza vinculante propia, derivada de su posición en el sistema de fuentes». Y, por lo que aquí interesa, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no solo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico.

El RDL 8/2010 fue, conforme a lo establecido en su propia Exposición de Motivos, aprobado con el objetivo de dar cumplimiento al compromiso de reducción de déficit inicialmente previsto y el propio texto legal objeto de discusión jurídica justifica la causa que motiva la intervención en las retribuciones salariales en el sector público así como las circunstancias objetivas que lo fundamentan, lo que fuerza a concluir en la ausencia de vulneración del art. 86 CE. Conforme a la jurisprudencia citada, la Ley 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» sea necesaria la suspensión o modificación de los pactos en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. El principio de jerarquía normativa impide que los incrementos retributivos alcanzados mediante pacto o convenio prevalezcan sobre las concretas determinaciones contenidas en normas con rango de ley, por lo cual el TSJS desestima la pretensión de la demanda.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Competencias de la representación unitaria

a) *Derecho de consulta*

El art. 64.1 ET define explícitamente los conceptos de «información» (la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen) y de «consulta» (el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo en su caso la emisión de informe previo por parte del mismo), señalando asimismo 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».

Dentro de las diversas manifestaciones del segundo de los conceptos, el de consulta, se encuentra la relativo a los traslados, según lo dispuesto en el art. 40.2 ET. La **SAN de 23 de diciembre de 2011**, IL J 225/2012, analiza cuál ha de ser la interpretación que debe darse al art. 40.2 c) y 40.2, párrafo 5.º y siguientes del ET sobre la exigencia imperativa y obligatoria o no exigencia de efectuar un periodo de consultas previas a la adopción de la medida, en este caso, sobre traslados.

Retomando la Sentencia de esa misma sala de 17 de marzo de 2010, señala que «a diferencia de lo que acontece en los art. 41.2 del ET, relativo al carácter individual, plural o colectivo de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo cuando estas atañen a cambios funcionales o al horario, y en el art. 51, sobre despido colectivo, preceptos que

en ningún momento aluden a la figura del centro de trabajo, el art. 40.2 del ET, habla en primer término de “centro de trabajo” y ello tanto para referirse al traslado cuando a la totalidad de su plantilla se refiere, como cuando la medida no alcanza a todos los trabajadores de un mismo centro».

Esta mención expresa impide una interpretación uniforme y produce que cualquier referencia hecha al art. 40 ET deba entenderse realizada al centro de trabajo. Ello, según la sentencia, es coherente con el ámbito de representación propio de la representación unitaria (arts. 62 y 63 ET) y actúa como una garantía de los derechos de los trabajadores, pues impide al empresario llevar a cabo una mayor cantidad de traslados individuales sin tener que negociar con los representantes de los trabajadores, que era precisamente una de las garantías perseguidas por la Ley 11/1994, al ser más fácil alcanzar el límite numérico previsto en el precepto para el caso del centro de trabajo que para el conjunto de la plantilla.

B) Duración del mandato representativo

a) Revocación del mandato mediante asamblea de los trabajadores

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, como mínimo, de un tercio 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 replan- tearse hasta que no hayan transcurrido, por lo menos, seis meses desde el último intento.

En relación a la primera de ellas, la intención del legislador al establecer dicha excepción es evitar que los representantes unitarios de los trabajadores o las representaciones sindicales puedan verse dificultados o imposibilitados para llevar a cabo la negociación de los convenios debido a la presión que los trabajadores puedan ejercer mediante la institución de la revocación. En el segundo caso, lo que se pretende es evitar posibles maniobras de acoso por parte de un grupo minoritario de trabajadores que pudiera dificultar la acción de la representación unitaria.

El problema que se puede plantear es qué ocurre si, una vez convocada y constituida la asamblea, se alega la concurrencia de alguna de estas excepciones en cuanto a su celebración. Éste es el caso que resuelve la **STSJ de Andalucía de 3 de noviembre de 2011, IL J 291/2012**. Convocada la asamblea de acuerdo con los requisitos previstos en el ET, uno de los representantes de los trabajadores alega que no puede celebrarse por estar negociándose el convenio. Ante tales circunstancias, la asamblea opta por suspenderse hasta la finalización de tales negociaciones, momento en que se produce su reanudación, acordándose la remoción de los representantes de los trabajadores y la elección de unos nuevos.

Alegan los recurrentes la nulidad de la decisión asamblearia por vulneración del precepto enunciado, ante lo que la Sala rechaza sus argumentaciones, ya que entiende que la decisión de la asamblea de suspenderse es completamente válida, por lo que, extinguida la causa de la suspensión, vuelve a reanudarse. Por consiguiente, no nos encontramos ante una asamblea nueva, sino ante la misma que, cumpliendo los requisitos del ET, no

pudo celebrarse por la concurrencia de una causa que lo impedía, pero que se reanudó tan pronto ésta desapareció. En concreto, señala la Sala que «mal pueden representar los intereses de los trabajadores aquellos que no gozan de su confianza y ésta, como no podía ser de otra forma, se manifiesta mediante la votación en Asamblea que, en este caso, fue convocada de forma correcta, suspendida por imperativo legal y reanudada al desaparecer aquel obstáculo».

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) Falta de legitimación activa del sindicato demandante por no acreditar la implantación en el ámbito del conflicto: anulación de acuerdo de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo del personal de administración y servicios de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid

La legitimación del sindicato para interponer conflictos colectivos constituye una prerrogativa reconocida por la Ley Orgánica de Libertad Sindical y la legislación procesal. La doctrina constitucional y del Tribunal Supremo ha reiterado que los sindicatos desempeñan una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, que no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo; por esta razón, es posible considerar legitimados a los sindicatos para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores.

Esta capacidad abstracta que tiene todo sindicato para ser parte no autoriza a concluir sin más que es posible que lleven a cabo cualquier actividad en cualquier ámbito, pues tal capacidad no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en las que ésta pretenda hacerse valer. En el concreto ámbito del proceso, por la propia naturaleza del marco en el que el sindicato ha de actuar, conviene subrayar la necesaria existencia de un vínculo acreditado, de una conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada. Dicho con otras palabras, deben considerarse legitimados a los Sindicatos para accionar en los procesos en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que tengan implantación suficiente en el ámbito del conflicto (vínculo acreditado de conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada) y, asimismo, que la implantación suficiente también existe cuando posea nivel de afiliación adecuado en el ámbito de afectación del conflicto.

La **STS de 20 de marzo de 2012**, IL J 334/2012, aprecia la falta de legitimación activa del sindicato accionante para plantear el conflicto colectivo. En efecto, a dicho sindicato le incumbía acreditar que tenía implantación suficiente en el ámbito del conflicto —que es la anulación de un acuerdo suscrito por la Comisión Paritaria del Convenio sobre consolidación de empleo del PAS laboral de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid—, acreditando su implantación en el ámbito de la empleadora —Universidades públicas de la Comunidad de Madrid—, manifestado en el número de afiliados, prueba que no ha logrado ya que únicamente ha acreditado que tiene sección sindical en una de las seis Universidades a las que afecta el conflicto —Universidad Autónoma de Madrid—, no siendo suficiente tal dato, pues el mismo solo prueba que el sindicato demandante cuenta con algún afiliado en la plantilla de la citada Universidad.

4. HUELGA

A) Vulneración del derecho fundamental de huelga. Prohibición de entrada a un centro de trabajo a los cargos sindicales del sindicato más representativo, para informar a los trabajadores sobre la huelga general que se estaba celebrando

La cuestión debatida se refiere a si la prohibición de entrada a un centro de trabajo a los cargos sindicales del sindicato más representativo para informar a los trabajadores sobre la huelga general que se está celebrando supone lesión del derecho fundamental.

Según reiterada doctrina constitucional, el derecho de huelga incluye «el derecho de difusión e información sobre la misma», integrándose en el contenido esencial de dicho derecho de huelga el derecho a «difundirla y a hacer publicidad de la misma». El «requerimiento pacífico a seguir la huelga» forma parte del derecho que proclama el art. 28.2 CE. Ciertamente, y como no puede ser de otro modo, se trata de una publicidad «pacífica», sin que en modo alguno pueda incurrirse en coacciones, intimidaciones, amenazas ni actos de violencia de ninguna clase (por todas, SSTC 332/1994 y 137/1997), por lo que resulta obligado respetar la libertad de los trabajadores que optan por no ejercer el derecho de huelga, libertad que les reconoce expresamente el art. 6.4 del Real Decreto-ley 17/1977.

Dentro del contenido adicional del derecho de huelga se incluye la acción sindical en la empresa en los supuestos en que implica la imposición de cargas para el empresario, es decir, una actividad de prestación con cargo a éste. Entre éstas se encontraría la impuesta en el art. 9.1.c) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, que garantiza a los cargos electivos de los sindicatos más representativos la asistencia y el acceso a los centros de trabajo para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores. Sin embargo, es una facultad que se otorga a personas ajenas a la empresa, pero que no supone una libertad incondicionada de acceso y permanencia de los cargos sindicales en los centros de trabajo.

En definitiva, se trata de un derecho cuyo ejercicio la empresa está obligada a respetar si éste se desarrolla dentro de los límites o ámbito que el mismo tiene en la norma que lo crea y configura, no en el caso de exceso sobre dichos límites que nos alejaría del marco de protección del derecho fundamental, protección por tanto sólo debida mientras se ejercita realmente una facultad integrante de su contenido, no si media extralimitación o abuso que lo desnaturalice. Los límites que la norma establece a tal facultad serían, por tanto: primero, que la asistencia y acceso lo fuera para participar en actividades propias del sindicato o del conjunto de los trabajadores; en segundo lugar, que medie previa comunicación al empresario y, por último, que con ello no se interrumpa el desarrollo normal del proceso productivo.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la **STSJ de Andalucía de 9 de noviembre de 2012**, IL J 245/2012, alcanza la conclusión de que los representantes sindicales tenían pleno derecho, en razón a los cargos sindicales que ostentaban, a acceder al centro de trabajo para informar a los trabajadores sobre la huelga general que se venía desarrollando en esa jornada. Y aunque en momentos anteriores a que solicitaran el acceso al centro de trabajo se habían producido ciertos incidentes, como daños en algunos establecimientos

de la cadena, abucheos a los clientes que intentaban acceder al centro comercial, o corte de alguna calle de acceso al parking con una cadena, no se ha declarado probado que los cargos sindicales fueran protagonistas directos o indirectos de esos incidentes y tampoco hay dato alguno que permita afirmar que había indicios o motivos suficientes para sospechar, de manera fundada y racional, que el que se hubiera permitido su entrada al centro de trabajo para informar a los trabajadores que estuvieran en su interior sobre la huelga en desarrollo pudiera haber dado lugar a alguna intimidación ilegítima o cualquier otra actuación incompatible con la dignidad de las personas que estuvieran en el centro o su integridad física o moral. En definitiva, los cargos sindicales actuaban en ejercicio de un derecho legítimo, y no consta que se extralimitaran o que hubiera peligro inminente y racional de que lo fueran a ejercitar ilegítimamente, por lo que no puede considerarse que la actitud de la empresa restringiendo el genuino ejercicio del derecho fuera justificada y proporcional a las circunstancias concretas del caso. De ello se deduce que se ha producido una vulneración de la libertad sindical de los cargos sindicales, por lo que procede la confirmación de la sentencia recurrida en ese punto.

Confirma también la Sentencia de instancia en el sentido de que sí existían en la demanda las bases a las que acogerse para fijar una indemnización, indicando claramente cuál era la conducta de la empresa vulneradora de los derechos fundamentales de libertad sindical del Sindicato, y que tal actuación pudo suponer un desprestigio de su iniciativa ante el colectivo laboral al que iba dirigida su actuación, así como la obstaculización a la promoción de la huelga con disminución de su eficacia, con evidente repercusión en el patrimonio moral de ese sindicato, de difícil prueba concreta. Por ello, es correcta la fijación de la indemnización con cargo a la empresa que efectuó la mencionada sentencia.

B) Inexistencia de lesión del derecho, por no haberse producido sustitución interna de trabajadores huelguistas: prestación de servicios espontánea del coordinador de la actividad y labor de apoyo puntual y por motivos de seguridad

La sustitución de trabajadores durante la huelga es un supuesto prohibido por la normativa de huelga y que supone una vulneración del mencionado derecho fundamental. La doctrina constitucional, además, ha tutelado a los trabajadores frente a prácticas de esquirolaje interno y aquel realizado con apoyo en las nuevas tecnologías (esquirolaje virtual). No obstante, en algunos casos no se produce la sustitución de los trabajadores huelguistas, luego no estamos ante la conducta proscrita por la norma. A continuación, se detallan dos supuestos en el sentido apuntado.

El primero de ellos es analizado por la **STSJ de Madrid de 23 de enero de 2012, IL J 436/2012**. Se produce en el sector del contact center donde se convocó huelga que afectaba a todos los trabajadores de las empresas encuadradas en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo estatal. Llegado el día de la huelga en la campaña «Metro de Madrid», que se realiza en el centro de trabajo de Madrid, el coordinador de la compañía reforzó el servicio durante el turno de tarde, procediendo a conectarse al sistema y recogiendo y atendiendo llamadas. La huelga tuvo un seguimiento total del 7,75%, sin secundar la huelga el restante 92,25%.

El coordinador de la campaña «Metro de Madrid» está asignado al turno de mañana, con horario de 6:00 a 13:00 horas. También trabaja en turno de tarde cuando ello es

necesario. El trabajador-coordinador desempeñó servicios durante la huelga, de manera espontánea, sin seguir instrucciones de la empresa. Es habitual que los coordinadores de campaña atiendan llamadas en momentos de desbordamiento y punta de demanda. El único trabajador que reforzó el servicio atendiendo llamadas por la tarde era un trabajador de la empresa y en consecuencia vinculado con ella, que al ser coordinador en ocasiones reforzaba el trabajo por la tarde en situaciones de desbordamiento y punta de demanda, y lo que es más importante, sin una expresa orden emitida por la empresa demandada en tal sentido. Este extremo figura de modo expreso en el relato fáctico, a cuya corrección se ha aquietado el Sindicato recurrente, y nosotros consideramos que es creíble que el coordinador, con independencia de la obligación de la empresa de velar por la efectividad del derecho de huelga, actuara al margen de ella, porque no era la primera vez que se producía un cambio de turno ni tampoco resultaba extraño que los coordinadores atendieran llamadas en el servicio, que por otra parte, no debió quedar desatendido visto el escaso índice de seguimiento de la huelga. De este modo, no cabe entender que la conducta empresarial haya obstaculizado el derecho fundamental de huelga.

El segundo de los supuestos se resuelve por la **STSJ de Galicia de 19 de enero de 2012**, IL J 432/2012. CGT Galicia comunicó preaviso de huelga general para todos los trabajadores de todos los ámbitos sectoriales, públicos y privados. Dicha convocatoria fue secundada por los Sindicatos CIG y el Sindicato Ferroviario S.F. Intersindical. La cuestión se plantea en RENFE y se refiere a determinar si la labor de apoyo puntual, en una única estación de un trayecto de más de dos horas de recorrido, con un número de estaciones entre 30 y 40, justifica el que se haya de considerar que la actuación del trabajador que realiza dicha labor de apoyo supone una infracción del derecho de huelga respecto de su compañero de trabajo que sí ejerció su derecho constitucional de huelga y por tanto si la empresa vulneró el derecho fundamental de huelga consagrado en el artículo 28 de la CE.

La Sentencia de instancia declara nula de pleno derecho la decisión empresarial consistente en la sustitución parcial del trabajador-huelguista que secundó la huelga por otro trabajador de distinta categoría profesional al del sustituido, por vulnerar el derecho de huelga. Sin embargo, en suplicación, se alcanza conclusión distinta con la siguiente argumentación.

En primer lugar, que las funciones que el día de la huelga tenía asignadas el trabajador-huelguista (el cual ejerció su derecho de huelga, por lo que no realizó su trabajo ese día en el trayecto asignado) consistían en realizar funciones de operador comercial en el servicio de tren 12.604, itinerario Vigo-Monforte de Lemos, funciones que consisten en tareas de fiscalización, y venta de billetes, información y atención al viajero, comunicar al maquinista la parada en alguna estación facultativa para colaborar en operaciones de salida del tren en apeaderos o estaciones con falta de visibilidad; en este recorrido hay apenas unas 30-40 paradas.

Como segundo argumento, se dice en la Sentencia que, dado que el trabajador ejerció su derecho de huelga y no realizó ese día el trabajo en el trayecto mencionado, el tren realizó su recorrido, viajando en el mismo el maquinista que tenía asignado el servicio y además también viajó en el tren otro trabajador de RENFE.

En tercer lugar, no consta que el trabajador haya realizado durante el trayecto ni una sola de las funciones de fiscalización y venta de billetes, ni de información o atención a

viajeros, ni otras comunicaciones habituales del operador comercial o maquinista; y en todo ese trayecto lo único que realiza fue bajarse del tren en una única estación, que tiene mala visibilidad al ser en curva y avisar al maquinista de que todos los viajeros habían ya subido o bajado —en el caso de los que accedían al tren o dejaban el mismo— para reiniciar el trayecto del tren, o sea que en un total de 30-40 paradas efectuó esa labor de apoyo al maquinista una vez. Por consiguiente, es importante destacar que de todas las funciones de lo que se denomina un operador comercial, especializado, su trabajo esencial consiste en el control y la asistencia de los viajeros, realizando el control y picado de los billetes de tren de cada viajero, la venta de estos en el caso de estaciones en que no haya taquillas fijas, la información a los viajeros y el apoyo a los mismos en cada parada, no solo informativo, sin también de la propia bajada del tren, control de que todo esté correcto al reiniciar el tren la marcha en cada estación. Y de todas estas funciones lo único que se hizo fue una labor de apoyo puntual en una estación, por motivos de seguridad y para facilitar al maquinista su trabajo, apeándose puntualmente del tren en una estación antes de reiniciar la marcha, para verificar que todos los viajeros habían subido —o abandonado el tren en su caso— y se podía reanudar la marcha con seguridad, previo acondicionamiento del cierre de las puertas.

Por último, que si bien la sentencia de instancia considera que esa labor de apoyo puntual constituye una infracción del derecho de huelga, pues supone sustituir a un huelguista por otro trabajador no huelguista, lo que viene prohibido por el art. 6 del RD-ley 17/1977, lo cierto es que la sala estima que a la vista de los datos que constan en el relato fáctico no es esto lo que ha hecho la empresa demandada, RENFE, pues la empresa no ha aplicado una medida excepcional para tratar de mitigar los efectos de la huelga, colocando personal en sustitución del huelguista como una medida específica para desactivar la presión producida por el paro; sino que simplemente ha asignado a una figura del agente de servicio, para acompañamiento por motivos de seguridad un trayecto ferroviario; agente que no ha hecho en absoluto las funciones, ninguna de las funciones del agente en huelga, salvo esa cuestión y esa labor puntual ya citada en una única estación de 30-40 paradas, por motivos de seguridad y para mayor comodidad del maquinista.

JESÚS R. MERCADER UGUINA

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ (Coordinadora)

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

PATRICIA NIETO ROJAS

AMANDA MORENO SOLANA

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI

DANIEL PÉREZ DEL PRADO

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

SUMARIO

1. TIPOS DE CONVENIOS COLECTIVOS: ACUERDOS DE EMPRESA.
 2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR.
 3. CONTENIDO «NORMATIVO» DEL CONVENIO COLECTIVO.
 - A) Cuestiones generales.
 - B) Límites.
 4. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE. EN LA SUCESIÓN DE EMPRESA.
 5. DURACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO.
 6. EXTENSIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS.
 7. IMPUGNACIÓN «DIRECTA» DEL CONVENIO COLECTIVO.
 8. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. POR LAS COMISIONES PARITARIAS.
-

Las sentencias reseñadas aparecen referenciadas en la parte de jurisprudencia de los números 3, 4, 5 y 6 de la *Revista de Información Laboral*, 2012, de Lex Nova, y reproducidas en *lexnovaonline*, donde puede consultarse su texto íntegro.

1. TIPOS DE CONVENIOS COLECTIVOS: ACUERDOS DE EMPRESA

Naturaleza jurídica. De los acuerdos obtenidos en los períodos de consultas correspondientes al procedimiento de despido colectivo. No constituyen normas jurídicas; poseen naturaleza contractual, lo que determina, entre otras consecuencias, que «deben ser interpretados conforme a los arts. 1281 a 1289 del C. Civil» (**STSJ de Extremadura de 7 de noviembre de 2011**; IL J 307/2012).

2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

Convenio colectivo de empresa que dispone de varios centros de trabajo. La existencia de centros de trabajo carentes de órganos de representación unitaria no otorga legitimación para negociar un convenio como el indicado a los que existan en los demás. Esos representantes unitarios no irradian su representatividad a los trabajadores del primer grupo de centros, por lo que el convenio negociado entre aquéllos y la empresa con voluntad expresa de su aplicación a todos los centros y trabajadores es nulo. Así, con rotundidad, **STS de 7 de marzo de 2012** (IL J 511/2012):

«Consta probado (...) que “(...) en el centro de trabajo que la empresa demandada tiene en Madrid, (...) se celebraron elecciones a representantes de los trabajadores, votando siete de los nueve electores y eligiendo a la única candidata, Clemencia”. La referida delegada de personal cabe configurarla exclusivamente como representante unitaria de los trabajadores de la entidad demandada del centro de trabajo de Madrid, pero no puede entenderse que era la representante de los restantes trabajadores de la empresa, que en tales fechas ascendían a un total de 140 trabajadores repartidos en diversas provincias (...); dado, por una parte, el ámbito de la elección circunscrita al centro de trabajo de Madrid y quienes han sido los electores o votantes y los elegibles, como posibilita el art. 60.1 ET, y, por otra parte, porque ante el empresario los representantes de personal únicamente pueden ejercitar “la representación para la que fueron elegidos” (arg. ex art. 60.2 ET), circunscrita al centro de trabajo de Madrid y no extensible, irradiable o ampliable al resto del colectivo de trabajadores de la empresa de distintos centros aunque carecieran de representación unitaria.

(...) En consecuencia, limitada la representatividad de la única delegada de personal que formaba parte en representación de los trabajadores en la comisión negociadora del convenio colectivo al centro de trabajo de Madrid aunque en abstracto tuviera capacidad convencional para negociar un convenio colectivo de empresa (arg. ex art. 87.1 ET) y hubiera tenido legitimación para negociar e intervenir como única representante de los trabajadores en una negociación colectiva de empresa circunscrita a su centro de trabajo, sin embargo, en el presente caso, carecía de dicha legitimación (arg. ex arts. 87.1 y 88.1 ET) dado que lo que se negociaba era un convenio de empresa de ámbito estatal, como resulta del art. 2 del convenio colectivo impugnado (“El presente convenio colectivo será de ámbito estatal, quedando incluidos en el mismo todos los centros y/o puestos de trabajo a que se refiere su ámbito funcional que se hallen emplazados en territorio español”) (...).

Atendidas las irregularidades señaladas, debe entenderse que las mismas conculcan la legalidad vigente en materia de capacidad y legitimación para negociar y, derivadamente, sobre la composición de la comisión negociadora en los convenios de ámbito empresarial que pretendan tener ámbito territorial estatal, como el impugnado, y no siendo tales esenciales vicios por su naturaleza susceptibles de subsanación o de corrección, ni siquiera reduciendo su ámbito al centro de trabajo de Madrid al no ser tal la voluntad de las partes ni la finalidad con la que se constituyó la comisión negociadora, procede declarar la nulidad total del convenio colectivo impugnado, con las consecuencias a ello inherentes».

Igual criterio se descubre en la **SAN de 16 de abril de 2012** (IL J 458/2012; procedimiento 42/2012), aunque la sentencia termina por apreciar, al contrario de la del Tribunal

Supremo antes reseñada, sólo la nulidad del precepto que extiende el ámbito de aplicación del convenio colectivo a los centros que carecían de representación unitaria:

«El art. 87 del Estatuto de los Trabajadores establece que ostentan legitimación para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, “el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité”.

Es criterio pacífico y de sentido común que los convenios de empresa han de negociarse con “el conjunto de los delegados de personal en sus centros de trabajo actuando mancomunadamente”, pues aunque “el ámbito de actuación de éstos se ciñe habitualmente a los centros de trabajo en que han sido elegidos, (...) el art. 87.1 ET reconoce expresamente su legitimación para negociar ‘convenios de empresa o ámbito inferior’, por lo que en empresas con varios centros de trabajo las representaciones unitarias de éstos (comités y/o delegados de personal) están habilitadas en principio para concluir convenios cuyo ámbito funcional sea el conjunto íntegro de la empresa” (STS 14-10-93). También el TSJ Cataluña (sentencia 18-12-02) y esta misma Sala (sentencia 12-7-05) han asumido, siguiendo al Tribunal Supremo en su sentencia de 4-12-2000, que el art. 87.1 ET exige “que, en el ámbito empresarial, la comisión negociadora este constituida por los representantes de los trabajadores, o lo que es igual, por todos los delegados de personal o por todas las representaciones sindicales existentes en su seno (...)”.

Pues bien, el convenio que nos ocupa ha sido negociado y suscrito por una delegada de personal en representación de los trabajadores, estableciendo en su art. 1 que el acuerdo regula las relaciones entre la empresa y sus trabajadores (todos, con independencia del centro de trabajo al que se adscriban), y en el art. 3 que los trabajadores de Top-Room (todos) quedan afectados por el convenio. Por su parte, el art. 2 extiende territorialmente el ámbito de aplicación a todo el Estado, incluyéndose expresamente “todos los centros y/o puestos de trabajo a que se refiere su ámbito funcional que se hallen emplazados en territorio español”.

La empresa alegó que el convenio se suscribió con la delegada de personal del centro de Sevilla, porque tal era el único centro de trabajo con el que contaba la empresa en aquel momento, y era la única representante de los trabajadores en la empresa. Aunque esto fuera así, no es óbice para negarle legitimidad en orden a negociar un convenio que afecta a todos los trabajadores y centros de trabajo, bien presentes, bien futuros. De hecho, consta en hechos probados que la empresa cuenta ya al menos con un centro de trabajo adicional situado en Córdoba.

Desde tal perspectiva, debe estimarse la pretensión del sindicato demandante y declarar la nulidad de los primeros tres artículos del convenio impugnado, que exceden del ámbito de la representatividad de quien lo suscribió por los trabajadores».

Convenio marco estatal que incluye reglas sobre la estructura de la negociación colectiva y solución de conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.

Tratándose de un convenio o acuerdo de esa naturaleza suscrito con anterioridad a la reforma del art. 83.2 ET llevada a cabo por el Real Decreto-ley 7/2011, la legitimación para negociarlo no se adquiere por el mero hecho de que los negociadores reúnan las condiciones establecidas en los entonces apartados 2.c) y 3 del art. 87 ET. Dicha legitimación sólo corresponde a las asociaciones sindicales y organizaciones empresariales más representativas de carácter estatal o de comunidad autónoma. La ausencia de la expresada condición

en una de las partes conduce a la nulidad del convenio por falta de legitimación. Tiene ocasión de pronunciarse en el sentido expuesto y, al mismo tiempo, señalar el cambio que se produce en la materia, a raíz de la citada reforma del art. 83.2 ET, la **STS de 26 de enero de 2012** (IL J 211/2012):

«Dos de las asociaciones patronales demandadas recurren en casación ordinaria la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (...) que (...) declara la nulidad del art. 7 del IV convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la autonomía personal (...).

Conviene partir de la afirmación de las propias recurrentes según la cual las asociaciones patronales firmante del convenio impugnado (FED, FNM y LARES) “*no son representativas en un nivel intersectorial, sino meramente sectorial*” y que, por ello, “*no estarían legitimadas para negociar convenios colectivos marco de nivel interprofesional*” (...).

Ciertamente, la literalidad del art. 7 coloca al convenio colectivo impugnado en la definición del art. 83.2 ET —tal y como se hallaba redactado en el texto aplicable al caso y vigente hasta el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio—, al fijarse en él las materias que no pueden ser objeto de negociación en planos inferiores, pues en el mismo se establece, literalmente, que, además de ser el ámbito estatal la unidad preferente de negociación, tendrá carácter de derecho necesario absoluto —sin perjuicio de lo establecido en el art. 84 párrafo segundo ET— la regulación que el mismo convenio contiene sobre “*organización, jornada y tiempo de trabajo, descanso semanal, vacaciones, jubilación, estructura retributiva y salarios, licencias y excedencias, derechos sindicales y formación*”.

A ello añade, reproduciendo el texto el último párrafo del art. 84 ET, que “*en todo caso, son materias no negociables en ámbitos inferiores el periodo de prueba, las modalidades de contratación excepto en los aspectos de adaptación la ámbito de la empresa, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica*”.

Por último el art. 7 contiene una regla de solución de conflictos en caso de concurrencia, optando por la aplicación del “*convenio más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables*”.

Ello obliga a examinar la legitimación de los firmantes del convenio y a exigir la necesaria correlación entre el alcance de aquélla y el ámbito y contenido de éste.

Con anterioridad a la reforma de 2011, a la que antes hemos aludido, la legitimación para suscribir convenios marcos se reconocía exclusivamente a los sindicatos más representativos. Precisamente, la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 7/2011 alude a la finalidad de acomodar el art. 83.2 ET a la realidad convencional, lo que permitirá seguir ordenando los distintos niveles de negociación desde el nivel que se considera más apropiado para ello, en el que pueden identificarse mejor las peculiaridades de cada sector, así como la necesidad o conveniencia, en su caso, de abrir la negociación colectiva a ámbitos inferiores.

Pero en el texto legal aplicable al litigio que nos ocupa se permitía la limitación del poder de decisión de las partes negociadoras de ámbitos inferiores —que han de atenerse a las normas previamente acordadas—, sólo cuando esa limitación provenga de sujetos con el máximo nivel de representatividad en el nivel territorial en el que se trate (estatal o autonómico) (...).

La posibilidad de incidir sobre la estructura y contenido posterior de la negociación en ámbitos inferiores está condicionada a ese nivel de representatividad (...).

Ello es así porque las reglas sobre estructura de la negociación colectiva y las que tienen por objeto la solución de los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, establecidas en los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que alude el art. 83.2 ET, según redacción entonces vigente de dicho precepto, tienen plena fuerza vinculante en relación con: a) los convenios de empresa o de ámbito inferior a la empresa; b) los convenios de ámbito superior a la empresa que no reúnan los requisitos que exige el párrafo segundo del art. 84 ET; y c) los convenios de ámbito superior a la empresa, aunque cumplan las exigencias de dicho párrafo segundo del art. 84, en cuanto traten de la regulación de las materias a que se refiere el párrafo tercero de tal precepto. Por el contrario, las reglas sobre estructura de la negociación colectiva y las de solución de conflictos de concurrencia entre convenios estatuidas en los acuerdos interprofesionales o en los convenios colectivos marco del art. 83.2, carecen de virtualidad y fuerza de obligar en lo que concierne a aquellos otros convenios colectivos que, encontrándose en el radio de acción de los anteriores, son de ámbito superior a la empresa y cumplen los demás requisitos que impone el párrafo segundo del art. 84, siempre que sus normas no traten sobre las materias mencionadas en el párrafo tercero de este precepto (...).

Admitida por las propias patronales la carencia de la condición de asociaciones más representativas, se hace necesario negarles legitimidad para definir el papel ordenador de toda la negociación del sector, tal y como queda fijada en el art. 7, cuya nulidad ha de confirmarse».

Legitimación de las asociaciones empresariales. Carece de ella la asociación no constituida en el momento en que se inicia la negociación del convenio (**STS de 20 de febrero de 2012**; IL J 331/2012).

3. CONTENIDO «NORMATIVO» DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Cuestiones generales

Cláusula de revisión salarial y crisis económica. Pactado en el convenio colectivo un determinado incremento retributivo a aplicar en cada uno de sus años de vigencia, no cabe que la parte empresarial pretenda dejarlo posteriormente sin efecto invocando que se trata de una obligación de imposible cumplimiento debido a la grave crisis económica general y la cláusula *rebus sic stantibus*, la cual, como señala la jurisprudencia, únicamente es de aplicación en relación con las obligaciones derivadas del contrato de trabajo y requiere, además, la concurrencia de una alteración extraordinaria de las circunstancias, una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, cuyo equilibrio se ve aniquilado, y el que las circunstancias sobrevenidas sean radicalmente imprevisibles, lo que no es el caso de una recesión económica (**SAN de 22 de febrero de 2012**; IL J 340/2012; procedimiento 14/2012).

La inaplicación de dicha cláusula ha de producirse a través del descuelgue salarial en los términos que contempla y autoriza el ET (**SAN de 26 de enero de 2012**; IL J 230/2012, procedimiento 255/2012).

B) Límites

Respeto del principio de igualdad: doble escala salarial. Se ajusta a este principio la cláusula del convenio sectorial que establece un plus salarial de actividad industrial a car-

go, exclusivamente, de las empresas más mecanizadas y con mayor volumen de trabajo y negocio en el sector desde el momento en que se aprecia que la diferencia de trato que representa obedece a una causa objetiva y razonable que la presenta como una medida proporcional. La situación de las mencionadas empresas, obligadas al pago del plus a sus respectivos trabajadores, no es igual a la de las pequeñas empresas, exentas de ese pago. «No se trata de una desigualdad injustificada, puesto que la diferencia de trato no se produce entre empresas que se encuentran en una misma situación de hecho, sino entre empresas que, aun perteneciendo a la misma actividad, la realizan en condiciones distintas y que, por ello, conforman supuestos de hecho diversos. No puede ignorarse que la diferencia de trato no tiene por objeto marginar o «discriminar» a la empresa que «se siente económicamente perjudicada, sino más bien reconocer la singular carga para el trabajador que trabaja en condiciones ambientales distintas, propias de un proceso industrial mecanizado, que han sido valoradas especialmente por los firmantes del convenio como acreedoras de un plus retributivo, amén de que puedan resultar más incómodos en los términos que señala la parte impugnante del recurso» (STS de 20 de febrero de 2012; IL J 331/2012).

Respeto de la legalidad vigente. En la regulación de aspectos concernientes a las modalidades del contrato de trabajo. Sobre el particular resultan de interés las aportaciones de la SAN de 19 de abril de 2012 (IL J 473/2012), procedimiento 49/2012, en relación con las previsiones del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo en prácticas y el contrato de trabajo para obra o servicio determinados. Para la Sala, no observa el indicado límite la cláusula del convenio colectivo de empresa o de grupo de empresas que entra a regular el régimen de la prórroga del contrato de trabajo en prácticas y, además, autoriza ésta por períodos de hasta seis meses cuando la mínima del contrato resulta ser de seis meses. Dicho régimen constituye un extremo comprendido dentro de la duración del contrato de trabajo en prácticas, reservada por el art. 11.1.b) ET a los convenios colectivos sectoriales; de otro lado, la duración de cada prórroga no podrá ser inferior a la mínima del contrato. Tampoco observa límite aquí contemplado la indicación de igual convenio que permite llegar a incluir dentro de los trabajos susceptibles de ser atendidos mediante el contrato de obra o servicio determinados los correspondientes a las campañas de ventas (de navidad, rebajas, etc.) que se reiteran cada año en fechas coincidentes o próximas:

«El establecimiento en el convenio del grupo Champions de «la prórroga por períodos de hasta 6 meses (...) es contrario evidentemente a lo dispuesto en el art. 11.1.b) del ET que sólo autoriza a los convenios sectoriales de ámbito estatal o inferior para determinar la duración de estos contratos, y tratándose en este caso de un convenio de empresa o de grupo de empresas, que por consiguiente no tiene el carácter de convenio de sector, es obvio que no puede incluirse (...) una cláusula que disminuye o restringe la garantía del ET y del RD 488/1988 de 27 de marzo, ya que la duración de las prórrogas de hasta seis meses, pactada en el precepto controvertido, supone vulnerar el límite mínimo de seis meses, contemplado en el art. 19.1 *in fine* del RD 488/1998”.

Por lo que respecta a la cláusula que permite considerar que se puedan cubrir mediante el contrato de obra o servicio determinados los trabajos correspondientes a las ventas en “campañas” usuales en los grandes almacenes, como “las de rebajas, navidad, comienzo de curso escolar y cuantas otras se reiteran cada año y en fechas, al menos, aproximadas”, se debe tener en cuenta que, aunque “esas ventas presentan perfiles propios, (...) son habi-

tuales y reiteradas con periodicidad. Por tanto deben cubrirse con trabajadores con contrato fijo discontinuo, o con contrato a tiempo parcial, instituciones ambas que tienen mayores garantías de fijeza para los trabajadores”. En este sentido, la “imprecisión” de aquella cláusula que “hace que sean susceptibles de incluir en su autorización, sin forzar la interpretación literal, trabajos habituales de las empresas incluidas en el ámbito del convenio”, lleva a “decretar su nulidad”».

4. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN LA SUCESIÓN DE EMPRESA

Mientras no entre en vigor un nuevo convenio colectivo de aplicación a la empresa cesionaria continúa siendo de aplicación a los trabajadores afectados por la transmisión el convenio colectivo de la empresa cedente, sin que se oponga a ello el hecho de que este último se encuentre en situación de ultraactividad. Asimismo, la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo de aplicación a la empresa cesionaria no impide que determinadas reclamaciones presentadas por los trabajadores afectados por la transmisión antes de haberse llevado a cabo ésta, como es el caso de las producidas en materia de clasificación profesional, deban continuar siendo resueltas aplicando el convenio colectivo de origen, es decir, el de la cedente. Así, STS de 12 de marzo de 2012 (IL J 475/2012), recordando, previamente, la doctrina de la Sala sobre la determinación del convenio colectivo aplicable en los supuestos de transmisión o sucesión de empresa:

«Respecto a la obligación de la empresa cesionaria de respetar las condiciones establecidas en el convenio de la cedente en tanto no se sustituya por otro nuevo aplicable a la primera, reiterando la doctrina establecida en la sentencia de 22-3-2002 (rec. 1170/2001), la Sala tiene (...) dicho que un convenio en situación de ultraactividad, denunciado pero no sustituido por otro, mantiene “vivas” sus cláusulas normativas y por ello ha de mantenerse su aplicación a los trabajadores cedidos hasta que un nuevo convenio resulte aplicable [a la cesionaria]. La Sala se ha expresado en varias ocasiones en los siguientes términos literales:

“I. La sucesión de empresa operada por la vía del art. 44 ET, no supone la pérdida automática de las condiciones de trabajo existentes en la empresa cedente, de acuerdo con el principio de continuidad de la relación de trabajo que acoge el precepto.

II. Dicho principio no obliga indefinidamente al nuevo empresario al mantenimiento de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba. Lo contrario supondría condenar al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos (...) de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores.

III. Quiere ello decir que por vía de convenio colectivo posterior al cambio de titularidad de la empresa, se puede proceder a tal regulación homogénea de condiciones de trabajo. De modo que en el futuro los trabajadores habrán de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulen la relación laboral con el nuevo empleador. Tal interpretación no se opone, sino que se ajusta a lo dispuesto en la Directiva comunitaria 77/187 (...), puesto que ésta en su artículo 3.3 limita la obligatoriedad del cesionario de mantener las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo aplicable a la cedente o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio

colectivo. (Así lo reconoció la sentencia del TJCE de 12-11-1992, núm. C-209/1991, asunto *Watson Rask*). (por todas, SSTs 11-10-202, rec. 920/02, y 27-10-2005, rec. 697/04)».

Tras las indicaciones anteriores, razona la Sala que, en el caso de autos, el hecho de que las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la transmisión pasaran a regirse por el nuevo convenio colectivo en vigor aplicable a la empresa cesionaria «no es incompatible con que, en relación a las solicitudes individuales en materia de clasificación profesional y sus consecuencias retributivas, presentadas incluso antes de la subrogación, las mismas deban resolverse, tal como acertadamente decide la sentencia impugnada, en base (*sic*) al sistema convencional que entonces les era aplicable (...). Tal conclusión tampoco resulta incompatible —ni incongruente— con que aquellas mismas pretensiones se puedan fundamentar en la norma convencional de eficacia general vigente en el momento en el que, según los propios demandantes individuales, realizaban las funciones que al parecer sustentan sus acciones singulares o plurales, sin que esta solución suponga ningún tipo de “espiguelo” sino la estricta aplicación de la normativa pactada y en vigor en aquel tiempo, que probablemente pueda determinar —éste será el objeto de las acciones individuales— una distinta y tal vez superior categoría profesional —y retributiva en su caso— a la que la propia empresa cedente les tuviera reconocida en el momento de la subrogación (...). Por el efecto de su ultractividad, después de la sucesión continúa vigente el convenio de la cedente hasta la entrada en vigor del nuevo pactado en la cesionaria. Y aunque, salvo pacto o remisión expresa en contrario en el nuevo, una vez aprobado éste, pierde eficacia el anterior, las acciones en materia de clasificación entabladas antes de la sucesión empresarial pueden fundarse en la normativa convencional en vigor cuando se desempeñaron las funciones que podrían determinar distinta categoría».

5. DURACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

Denuncia expresa. Puede tener el efecto de suplir su falta la constitución de la comisión negociadora por acuerdo de las partes. Tal es el criterio que mantiene la **SAN de 27 de abril de 2012** (IL J 595/2012; procedimiento 54/2012), en relación con la falta de denuncia expresa y en la forma y en el plazo establecidos en el convenio colectivo aplicable. El efecto indicado requiere que se cumplan las condiciones que contempla el art. 89.2 ET; en otro caso habrá que estar a la regla del art. 86.2 de este texto legal («los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes»):

«La resolución del litigio nos exige despejar si las partes legitimadas para negociar un convenio estatutario pueden prescindir de común acuerdo de la denuncia formal, si pactan constituir la comisión negociadora en una fecha determinada y no vemos graves inconvenientes a dicha proposición, siempre que cumplan los demás requisitos, contemplados en el art. 89.2 ET: constitución efectiva de la mesa negociadora en la fecha convenida, intercambio de propuestas de negociación, establecimiento del calendario o plan de negociación (...), porque dichas actuaciones acreditarían incuestionablemente que ambas partes tienen voluntad de negociar un nuevo convenio colectivo, en tanto que sus propios actos permitirían descartar su intención de prorrogar el vencido con todas las consecuencias».

6. EXTENSIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS

Con ningún esfuerzo por hacer un razonamiento de extensión ajustada a la sencillez del caso, confirma que no procede la extensión pretendida por existir en el momento del inicio del procedimiento partes legitimadas para la negociación de un convenio colectivo en el ámbito correspondiente la **STS (Sala 3.ª) de 7 de marzo de 2012** (IL J 333/2012), la cual incorpora a su ya de por sí prolija argumentación, de forma innecesaria desde el punto de vista de la cabal comprensión de la solución dada al fondo del asunto, nada complejo, la previa trascipción de otra sentencia de la Sala de lo Social de igual Tribunal sobre la naturaleza y efectos de la extensión:

«Con respecto a la naturaleza y efectos de la extensión de los convenios colectivos, ya señaló la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1995: “(...) la extensión constituye una forma excepcional de integrar lagunas de la regulación profesional por especial dificultad en la negociación o por la presencia de circunstancias sociales y económicas de notoria importancia (artículo 92.2 del Estatuto de los Trabajadores). Esta integración opera a través de una técnica de reenvío: se declara aplicable en un determinado ámbito una norma convencional que ha sido aprobada para otro o, como ha señalado la doctrina del Tribunal Constitucional, ‘no se crea una norma nueva, sino que se limita a declarar aplicable otra ya existente’ (sentencia del Tribunal Constitucional 86/1991). La norma extendida no resulta así modificada en su estructura, contenido o ámbito de aplicación por el acto de extensión que es accidental y externo a ella; simplemente actúa como elemento para la integración de una laguna de regulación en otro ámbito. Esto se advierte claramente a partir del propio carácter de la extensión que está siempre subordinada a la autonomía colectiva y tiene carácter provisional, de forma que no sólo es posible negociar otro convenio durante la vigencia de la extensión (artículo 10 del Real Decreto 572/1982), sino que ésta cesa desde el momento en que se aprueba un convenio colectivo propio en el ámbito en que operaba la extensión”.

Ha de recordarse cómo el párrafo tercero del artículo 92.2 del Estatuto de los Trabajadores advierte que “tendrán capacidad para iniciar el procedimiento de extensión quienes se hallen legitimados para promover la negociación colectiva en el ámbito correspondiente conforme a lo dispuesto en el artículo 87.2 y 3 de esta Ley”, y el artículo 87.3 reconoce tal legitimación a “las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el diez por cien de los empresarios, en el sentido del artículo 1.2 de esta Ley, y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados”. Y, al igual que la legitimación inicial para negociar debe ostentarse en el momento que se pretenda la iniciación de la negociación colectiva (SSTS, S. 4.ª, de 23-11-1993; 9-3-1994; 18-12-1995; 25-5-1996; 15-3-1999), también en la extensión de los convenios colectivos debe entenderse que la ausencia de partes legitimadas para negociar que, en determinadas circunstancias, justifica la extensión, debe concurrir en el momento de iniciación del procedimiento, por lo que el artículo 9.2 del Real Decreto 718/2005, de 20 de junio, establece efectos retroactivos desde la fecha de presentación formal de la solicitud, y, en principio, hasta la duración prevista en el convenio extendido. Pero previendo el artículo 11 del mismo Real Decreto, dado el carácter excepcional del procedimiento de extensión, supletorio del derecho constitucional a la negociación colectiva (art. 37.2 CE), que cualquiera de las partes afectadas por la extensión del convenio y durante la misma, pueda

promover la negociación colectiva de un convenio colectivo estatutario, en los supuestos de modificación o desaparición de las circunstancias motivadoras de la extensión.

Pues bien, en el presente caso, en la fecha de la solicitud de extensión, 14 de febrero de 2006, no concurría el requisito exigido en el artículo 92.2 del Estatuto de los Trabajadores de ausencia de asociaciones empresariales legitimadas para negociar, ya que existía en la Comunidad Autónoma de La Rioja la asociación empresarial ARETBUS, integrada en la Federación de empresarios de La Rioja, que cuenta con la legitimación necesaria para negociar un convenio colectivo en el sector de referencia y que ha manifestado expresamente su voluntad de negociar, según se deduce del expediente, en particular del escrito presentado por la propia asociación empresarial el 5 de abril de 2006, del informe emitido el 20 de abril de 2006 por el Consejo Riojano de Relaciones Laborales y de la certificación de 31 de marzo de 2006 de la Jefa del Servicio de Relaciones Laborales y Economía Social. Y lo corrobora la ulterior prueba practicada tras la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2009, referida en el antecedente de hecho sexto; en los documentos incorporados a los autos consta la existencia y actividad de la asociación ARETBUS, como asociación empresarial de transporte de viajeros por carretera, al menos desde 1991 y hasta la fecha (certificación expedida por el Director General de Transporte del Gobierno de La Rioja, informe emitido por Caja Rioja, y certificado emitido por la federación nacional FENEBUS), desde mucho antes, por tanto, a la fecha de solicitud de extensión del convenio colectivo de Navarra. Y, por otra parte, la representatividad suficiente de la Asociación riojana de empresas de transporte en autobús para negociar y suscribir un convenio colectivo para el sector del transporte de viajeros por carretera en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja, aparece reconocida, si bien sea con posterioridad a la resolución recurrida, por la propia parte recurrente en la negociación del convenio colectivo para la actividad de transporte interurbano de viajeros en autobús en el ámbito de esta Comunidad Autónoma para los años 2008-2012 (...), según certificado emitido por la secretaria de la comisión negociadora del mismo y actas que lo acompañan. Sin que por la parte recurrente, tras la prueba practicada, se haya desvirtuado tal realidad, de manera que no procedía la extensión del convenio colectivo para el sector transporte de viajeros por carretera de la Comunidad Foral de Navarra para los años 2004, 2005 y 2006, a las empresas y trabajadores del mismo sector de la Comunidad Autónoma de La Rioja».

7. IMPUGNACIÓN «DIRECTA» DEL CONVENIO COLECTIVO

Legitimación para la impugnación por ilegalidad. De acuerdo con la **SAN de 16 de abril de 2012** (IL J 458/2012; procedimiento 42/2012), la posee el sindicato que, aunque no despliega ninguna actividad probatoria sobre la realidad de su implantación en la empresa a la que corresponde el convenio que impugna, acredita aquélla en el ámbito de un acuerdo sectorial estatal en el que ha intervenido como suscriptor y con relación al cual pretende que se declare que la estructura de la negociación colectiva que establece ha sido infringida por el aludido convenio. Su legitimación se circunscribe a esa concreta pretensión, sólo respecto de ella ostenta la condición de interesado:

«Opuso también la empresa la falta de legitimación activa de la Federación accionante, por entender que no cumple con lo exigido en el art. 165.1.a) LRJS, según el cual “la legitimación activa para impugnar un convenio colectivo, por los trámites del proceso de conflicto

colectivo corresponde: Si la impugnación se fundamenta en la ilegalidad, a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas”, entre otros. A su entender, el sindicato no es sujeto interesado debido a que no cuenta con afiliados en la empresa, y además la Federación estatal de comercio, hostelería y turismo tendría un ámbito funcional diverso al de la empresa, ya que ésta no es un establecimiento de alojamiento o restauración sino que sólo brinda servicios de limpieza.

Esta Sala tiene presente la reiterada doctrina del Tribunal Supremo (por todas, STS 9-11-2009) —recogida en nuestra sentencia núm. 110/2010, de 17 de noviembre— según la cual los sindicatos tienen legitimación para la interposición de demanda de impugnación de convenio colectivo por vulneración de la legalidad, siempre que acrediten un vínculo de conexión con el ámbito del conflicto, ya que no pueden constituirse en guardianes abstractos de la legalidad, lo que sucedería si cualquier sindicato puede impugnar un convenio, aunque no tenga presencia alguna en el ámbito correspondiente.

Es verdad que el sindicato demandante no ha realizado el más mínimo intento probatorio de su implantación en la empresa, a pesar de haber alegado que cuenta con afiliados en la misma, por lo que la conexión con el ámbito del conflicto no podría venir dada por semejante dato. Sin embargo, nótese que uno de los motivos de la impugnación es la vulneración de las normas de concurrencia de convenios, afirmándose que el convenio de la empresa infringe la reserva material fijada en el ALEH al establecer la estructura de la negociación colectiva. En el ámbito de este acuerdo sectorial CC.OO. sí posee clara implantación y es una de las representaciones suscribientes (*sic*) del mismo, por lo que, desde tal perspectiva, resulta innegable su interés en el pleito: no como guardián abstracto de la legalidad, sino como interesado en la correcta aplicación del acuerdo sectorial allí a donde se extiende su ámbito funcional.

(...)

En definitiva, (...) parece claro el interés que posee el sindicato demandante en el pleito, si bien sólo en lo que se refiere al motivo de impugnación relacionado con la concurrencia con el ALEH y, como presupuesto necesario, a la naturaleza y ámbito aplicativo del convenio empresarial. Los restantes pedimentos del suplico escapan a su legitimación activa, de acuerdo con la referenciada doctrina jurisprudencial».

8. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. POR LAS COMISIONES PARITARIAS

Distinción entre facultades de administración y negociadoras. Una vez establecido que la actuación cuestionada llevada a cabo por la comisión paritaria es, en rigor, de negociación, por implicar una modificación del convenio colectivo, procede declarar la nulidad del correspondiente acuerdo adoptado con exclusión de la participación de sujetos que en el momento de someterse el asunto al conocimiento de aquélla contaban con los requisitos de legitimación inicial que pide el art. 87 ET. En este sentido, **SAN de 6 de junio de 2012** (IL J 587/2012), procedimiento 87/2012:

«La jurisprudencia, por todas STS 4-04-2012, rec. 122/2011, que confirmó SAN 10-03-2011, viene distinguiendo claramente las funciones interpretativas y/o aplicativas de las comisiones paritarias de los convenios, que corresponden únicamente a las partes que

suscribieron el convenio, de las funciones negociadoras, que exigirán necesariamente la presencia de todos los sujetos que acrediten legitimación inicial para participar en dicha negociación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 87.2 ET.

Así pues, si concluyéramos que el acuerdo de la comisión mixta de 13-04-2011 modificó el art. 32.10 del vigente convenio de grandes almacenes, deberíamos anular dicho acuerdo, puesto que no se convocó a CC.OO. y UGT, quienes ostentan la legitimación inicial antes dicha, mientras que si no fuera así, si el acuerdo se limitó a interpretar auténticamente el artículo citado, como subrayaron los demandados, deberíamos desestimar la demanda.

La Sala considera que el acuerdo impugnado modificó lo dispuesto en el párrafo décimo del art. 32.10 del vigente convenio (...).

Por consiguiente, debemos anular el acuerdo de la comisión mixta de 13-04-2011, puesto que la limitación, allí establecida, constituyó una novación del convenio, que debió acometerse por su comisión negociadora con presencia de todos los sujetos legitimados y no habiéndose hecho así, debe expulsarse del ordenamiento jurídico».

JAVIER GÁRATE CASTRO

IX. SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO

1. FUENTES.
2. CAMPO DE APLICACIÓN.
3. ENCUADRAMIENTO.
4. GESTIÓN.
5. FINANCIACIÓN.
6. COTIZACIÓN.
7. RECAUDACIÓN.
8. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL.
 - A) **Concepto de accidente.**
 - B) **Responsabilidad del empresario.**
 - C) **Indemnización por daños y perjuicios.**
9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES.
10. ASISTENCIA SANITARIA.
11. INCAPACIDAD TEMPORAL.
12. MATERNIDAD.
13. RÉGIMENES 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

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

6. COTIZACIÓN

La **STS de 24 de enero de 2012, IL J 267/2012**, declara el derecho a la pensión de invalidez aunque en el momento del hecho causante el trabajador mantuviera deudas por impago de cotizaciones en el RETA, régimen en el que había estado de alta anteriormente. De acuerdo con la doctrina de la STS de 26 de julio de 2011, el requisito de estar el trabajador al corriente en el pago de las cotizaciones cuando este es responsable de ello debe ser tenido en cuenta para generar el derecho a la prestación cuando las cotizaciones efectuadas en el RETA sirvan, por sí mismas o mediante totalización, para cumplir los requisitos de carencia para acceder a la prestación. En el recurso resuelto, el trabajador, al cumplir todos los requisitos para causar derecho a la pensión de invalidez permanente en el RGSS, no necesitaba computar las cotizaciones realizadas en el RETA.

En un caso en el cual una madre de 5 hijos tenía 1.553 días cotizados al SOVI, sin llegar a los 1.800 necesarios, para poder lucrar la prestación de jubilación, la **STSJ de Castilla y León de 25 de enero de 2012, IL J 441/2012**, estimó fundada su pretensión de añadir 112 días de cotización ficticia por hijo, refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a favor de la aplicabilidad al SOVI de la disposición adicional 44 LGSS, a pesar de que, en principio, no le sean de aplicación los preceptos dictados para el actual sistema de la Seguridad Social. Esta jurisprudencia, contenida entre otras sentencias en la STS de 2 de marzo de 2010, se basa en el argumento según el cual la DA 44 LGSS fue introducida por la Ley Orgánica 3/2001 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo principio de transversalidad, leído en combinación con el art. 9.2 de la Constitución, obliga a una interpretación amplia de la DA 44 LGSS. Por lo tanto, al no excluir expresamente ésta el SOVI de su aplicación, no se puede afirmar su exclusión.

La **STS de 14 de marzo de 2012, IL J 486/2012**, clarifica el alcance que se debe dar a la doctrina del paréntesis, consagrada, en materia de jubilación, por el artículo 161.1.b)

de la LGSS (neutralización del período de situación asimilada al alta sin obligación de cotizar a efectos del cómputo del período mínimo de 15 años de cotización), tratándose en el caso de autos del paro involuntario una vez agotada la prestación contributiva o asistencial. Estimando que la doctrina del paréntesis debe aplicarse de una forma flexible, el Tribunal, citando su sentencia de 10 de diciembre de 2001, estima que se tienen que permitir interrupciones en la inscripción como demandante de empleo debidas a varias circunstancias, como los supuestos de infortunio personal, o cuando las interrupciones no son largas. En este último caso la valoración de la brevedad «se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su carrera de seguro, y en su caso la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal», y confirma la sentencia recurrida, que aceptó el paréntesis que se abrió en el momento de la solicitud de la pensión y se cerró en la fecha de la inscripción como demandante de empleo.

La **STSJ de La Rioja de 7 de noviembre de 2011, IL J 309/2012**, por lo contrario, rechaza la aplicación de la teoría del paréntesis al cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación en el caso de autos, al no corresponder el período de tiempo en cuestión (incapacidad permanente absoluta revisada por mejoría) con los supuestos de invalidez provisional o de prórroga de una situación de incapacidad temporal contemplada en el artículo 131 bis, 2 de la LGSS, siendo estos dos supuestos los únicos a los cuales se puede aplicar la doctrina del paréntesis para el cálculo de la base reguladora de las pensiones tanto de incapacidad permanente como de jubilación.

7. RECAUDACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

8. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

A) Concepto de accidente

La **STS de 14 de marzo de 2012, IL J 373/2012**, analiza un caso de accidente de trabajo por muerte producida por edema pulmonar cuando el trabajador se dirigía a su casa. Como dice la sentencia de 30 de junio de 2004, la presunción del art. 115.3 LGSS «sólo alcanza a los accidentes acaecidos en el tiempo y en el lugar de trabajo, pero no a los ocurridos en el trayecto de ida al trabajo o vuelta del mismo», pues «la asimilación a accidente de trabajo sufrido *in itinere* se limita a los accidentes en sentido estricto, esto es, a las lesiones súbitas y violentas producidas por un agente externo» y no a las enfermedades que se manifiestan en el trayecto del domicilio al trabajo. Para estas enfermedades «la calificación como accidentes de trabajo en atención a lo dispuesto en el artículo 115.2.e) LGSS “depende de que quede acreditada una relación causal con el trabajo”». La Mutua recurrida alega las diferencias existentes en los dos supuestos decididos. Pero esas diferencias no son relevantes: en los dos casos las molestias se producen en el centro de trabajo y durante la jornada laboral, aunque el fallecimiento tenga lugar luego fuera de la empresa, en el trayecto. Las

enfermedades son distintas, pero las dos admiten que el trabajo haya actuado como factor desencadenante de la crisis.

Señala la **STS de 14 de marzo de 2012, IL J 526/2012**, que no tiene naturaleza de accidente de trabajo el infarto de miocardio acaecido en el vestuario porque el cambio de ropa en los vestuarios de la empresa no es «tiempo de trabajo», por lo que no es aplicable el artículo 115.3 LGSS. Para que juegue la presunción de accidente de trabajo han de concurrir los dos requisitos de tiempo y lugar de trabajo. De ahí que se haya rechazado la concurrencia de tal elemento en aquellos supuestos en que: a) el trabajador «se encontraba en los vestuarios de la empresa cambiándose de ropa, sobre las 7,45 horas, antes de incorporarse al puesto de trabajo y dirigiéndose al mismo» (STS de 20 de diciembre de 2005); b) «se había cambiado de ropa en los vestuarios de la empresa y se disponía a comenzar su trabajo» (STS de 14 de julio de 2006); c) en caso de un infarto de miocardio sobrevenido «cuando finalizada su jornada laboral a las 19:00 horas se encontraba en los vestuarios del centro de trabajo habitual cambiándose de ropa» (STS de 20 de noviembre de 2006); d) el trabajador «se encontraba en los vestuarios de la empresa sobre las 15,45 horas para cambiarse e iniciar su jornada de trabajo tras haber fichado» (STS de 22 de noviembre de 2006); e) «el trabajador se estaba cambiando de ropa en la propia obra para empezar a trabajar» (STS de 25 de enero de 2007); y f) «cuando se encontraba en los vestuarios de la acería sobre las 6,15 horas, sin haber comenzado su actividad laboral» (STS de 14 de marzo de 2007).

En la **STS de 27 de diciembre de 2011, IL J 262/2012**, no es de aplicación el artículo 115.2.g) LGSS ni es preciso acudir al mismo pese a lo razonado en la sentencia recurrida para calificar la contingencia, ya que no nos encontramos ante una enfermedad intercurrente que haya modificado las consecuencias del accidente en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, ni ante una afección adquirida en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación. La causa de la baja actual es recidiva de la sufrida en el año 2002, y ello es determinante de su calificación como accidente de trabajo.

La **STSJ de Castilla y León de 25 de enero de 2012, IL J 443**, concluye que no existe accidente de trabajo *in itinere*. El trabajador que está todavía en el domicilio, antes de salir o después de entrar en él, no está en el trayecto protegido y, por tanto, lo que en él acaezca no es accidente *in itinere*. El elemento relacional entre espacio y tiempo de trabajo se fractura. Respecto de la alusión a la concurrencia de la presunción de laboralidad contenida en el artículo 115.3 LGSS, no consta acreditada relación de causalidad alguna entre el trabajo desempeñado por el trabajador el día del óbito, y la concreta dolencia que desencadenó el fallecimiento del mismo (accidente cerebro-vascular). Es más, la preexistencia de dolencias cardiovasculares conduce más bien a la naturaleza común de la contingencia, contrariamente a lo pretendido por el recurrente.

Por el contrario, sí que se considera accidente de trabajo *in itinere* el supuesto contemplado en la **STSJ de Galicia de 3 de febrero de 2012, IL J 521/2012**. El accidente se produce a los 30 minutos de haber salido del centro de formación, por lo que tanto la parada para hablar con unos amigos como la desviación fue breve e irrelevante para romper el nexo causal y se rechaza que el accidente se produjera en el trayecto entre el trabajo y el domicilio.

Según la **STSJ de Andalucía de 12 de enero de 2012, IL J 390/2012**, estamos ante un accidente laboral en misión, por infarto agudo de miocardio acaecido en el desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa. El accidente queda amparado con la presunción de laboralidad, descartándose únicamente los períodos de descanso o de actividades de carácter personal o privado. Así pues, aunque la jurisprudencia ha sido vacilante en su definición, la más reciente, concretamente a partir de la dictada el 6 de marzo de 2007 —después de rechazar el argumento de que durante el desarrollo de la misión haya que considerar que se está en el tiempo y en el lugar del trabajo, y que en tal situación juega la presunción de que la lesión padecida tiene su causa en el trabajo—, afirma que «la noción de accidente en misión ha sido aceptada por la doctrina de esta Sala como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa».

La **STSJ de Galicia de 25 de enero de 2012, IL J 254/2012**, analiza un supuesto de accidente de trabajo derivado de riesgos psicosociales. Las humillaciones y degradaciones sufridas en la empresa le provocaron el proceso depresivo. La idea de suicidio es el intento de eliminar el objeto perturbador de su conciencia, provocado por su jefe por su trabajo. De tal modo que su fallecimiento, aun tratándose de un acto suicida, vino directamente originado por la situación integral psíquica que presentaba a tal fecha y que era de origen laboral en tanto que propiciada por la actuación empresarial. Así, la muerte del trabajador es contingencia profesional al quedar establecido el nexo causal entre trabajo y la situación mental-patológica padecida.

En la **STSJ de Galicia de 23 de diciembre de 2011, IL J 252/2012**, se llega a la conclusión del hostigamiento continuo hacia una trabajadora, a la que se priva de parte de las competencias que tenía y se la margina parcialmente en la toma de decisiones y realización de tareas que hasta entonces tenía encomendadas. La empresa es responsable solidaria del acoso cometido por varios de sus responsables, manifestado a través de su conducta tanto activa como omisiva, por fomentar o consentir su actuación. Resulta patente que un trabajador que es sometido a un trato discriminatorio derivado del ejercicio de funciones sindicales en defensa de sus compañeros de trabajo sufre un maltrato o daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole.

Para la **STSJ de Asturias de 27 de enero de 2012, IL J 398/2012**, no procede la indemnización de daños y perjuicios por acoso laboral. No existen actos hostiles que supongan acoso moral en el trabajo, y no se han aportado elementos de prueba que determinen la sospecha o presunción en la actitud empresarial acerca de la existencia de acoso lesivo de la integridad moral. El *mobbing* u hostigamiento psicológico se define como un maltrato persistente, deliberado y sistemático de varios miembros de una organización hacia un individuo con el objetivo de aniquilarlo y eliminarlo de la misma, y por acoso moral en el trabajo se entiende un comportamiento reiterado y constante de violencia psíquica ejercido por quien desde una posición jurídica dominante se considera amenazado en ella por la víctima de su agresión cuya destrucción pretende con la finalidad de reforzar su posición de dominio. No han quedado probados los hechos invocados como fundamento de la acción, al no existir actos hostiles que aisladamente o en conjunto supongan acoso

moral en el trabajo, ni se han aportado a los autos elementos de prueba que determinen esa sospecha o presunción en la actitud empresarial acerca de la existencia de acoso lesivo de la integridad moral, que descargue en la parte demandada la obligación de probar las razones de su actitud.

En la **STSJ de Cataluña de 24 de noviembre de 2011, IL J 330/2012**, no ha existido *mobbing* contra la trabajadora, calificación que ha de reservarse para los casos en que hay un acoso sistemático, con repetición de determinadas conductas con una cierta duración en el tiempo y con la intención de minar la autoestima del trabajador, asociado normalmente a la finalidad de hacerle romper la relación laboral. Los informes médicos aportados no permiten deducir una elaboración diagnóstica objetivable, pues esencialmente recogen las manifestaciones de la trabajadora, y sin dudar de su crítica situación, su estado depresivo no integra por sí la calificación que ésta hace. Dicho de otra manera, el hecho de que haya una sintomatología depresiva, incluida una baja y estrés, son factores que pueden ser relevantes pero no determinan la calificación.

Para la **STSJ de Galicia de 20 de enero de 2012, IL J 386/2012**, el fallecimiento de un trabajador, declarado en incapacidad permanente total para su profesión habitual cerca de 17 años antes del óbito, da lugar a una pensión de viudedad derivada de contingencia común con cargo al INSS. Así pues, no cabe presumir que el fallecimiento fuese motivado por las dolencias (enfermedad profesional) que sirvieron de base para la declaración de incapacidad para su profesión habitual («estampador-forjador» en una empresa joyera, sin que conste que después reanudara cualquier otra actividad laboral). A falta de prueba en contrario, no cabe presumir que el fallecimiento ocurrido unos 15 años después (del reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente total) lo fuese motivado por tales dolencias (las que sirvieron de base a la declaración de incapacidad permanente total), cuyos criterios no ha logrado desvirtuar la Entidad Gestora recurrente.

B) Responsabilidad del empresario

La **STS de 13 de marzo de 2012, IL J 484/2012**, recuerda la doctrina constitucional contenida en la STC 21/2011, de 14 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. Según la doctrina constitucional «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 CE, pero posibilita la existencia de pronunciamientos distintos si existe en la ulterior sentencia motivación suficiente que exteriorice el fundamento de la conclusión contradictoria. Esta doctrina constitucional se asume y comparte por el Tribunal Supremo, por imperativo de lo establecido en el art. 5.1 LOPJ.

Un caso claro de responsabilidad se analiza en la **STS de 30 de enero de 2012, IL J 276/2012**, en la que falta el deber empresarial de acreditar que cumplió con todas las medidas de seguridad. El reconocimiento periódico de los obreros afectados de asbestosis deberá efectuarse con citología del esputo cada tres o cuatro meses, por su posible riesgo de cáncer bronquial. Resulta claro que fue la exposición al amianto la que desencadenó

la enfermedad profesional, el mesotelioma sarcomatoide que terminó con la vida del causante.

En la **STSJ de Aragón de 14 de febrero de 2012, IL J 392/2012**, debe tenerse presente en el supuesto enjuiciado dos factores incontestables de atribución de responsabilidad a la entidad recurrente, puestos de relieve acertadamente por la sentencia impugnada. Por una parte, que no se ejecutó adecuadamente la cimentación de los pozos y el solado de la nave. Por otra, que el solado de la nave se practicaba cuando su estructura estaba sujeta únicamente por las cuñas de madera instaladas tras la colocación, desatendiendo palmariamente la instrucción de hormigonar los pozos inmediatamente después de dicha colocación, lo cual hubiera dotado sin duda al conjunto de mayor consistencia.

En la **STSJ de Asturias de 20 de enero de 2012, IL J 394/2012**, el accidente era previsible y pudo ser evitado mediante la utilización de medidas de protección expresamente previstas, existiendo, por tanto, una relación de causalidad directa entre el accidente y el incumplimiento empresarial, de donde nace la responsabilidad a título de culpa imputable exclusivamente al empresario, quien por ello viene obligado a resarcir el daño causado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1101 CC.

Según la **STSJ de Andalucía de 22 de diciembre de 2011, IL J 251/2012**, no se puede imputar el accidente a las empresas contratista y subcontratista a título de culpa o negligencia. Éstas actuaron con la diligencia exigible. Según la doctrina del TS «el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario (argumentando los arts. 1105 CC y 15.4 LPRL). Pero en todos estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente». Y de todo lo dicho se deduce que el accidente ocurrió por la culpa exclusiva del propietario de la edificación, que construyó el muro sin los preceptivos estudios técnicos previos, sin que solicitara la correspondiente licencia de edificación, sin la cimentación adecuada, utilizando materiales diversos y no adecuados para servir de muro de contención.

Según la **STSJ de Castilla y León de 16 de noviembre de 2011, IL J 324/2012**, no habría infracción empresarial de medidas de seguridad. En primer lugar, porque el trabajador accidentado había superado con aptitud las pruebas para la obtención de la licencia de conducción de máquinas de tracción y de extracción, lo cual tuvo lugar a lo largo de las dos fechas inmediatas anteriores al siniestro. En segundo lugar, porque en el escrito de recurso no se cita disposición alguna de seguridad que impida realizar esa conducción desde que se superan las pruebas de aptitud y hasta que se emite el carnet de maquinista. En tercer lugar, porque ninguno de los informes técnicos emitidos sobre el accidente detectó la existencia de infracción alguna de seguridad con ocasión de la producción de ese siniestro.

Sobre la imprudencia temeraria como criterio moderador de la responsabilidad, dice la **STSJ de Asturias de 27 de enero de 2012, IL J 445/2012**, ésta no tiene, en el supuesto que nos ocupa, entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que in-

cluso la propia LPRL dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador.

Otros ejemplos de atribución de responsabilidad empresarial en este ámbito los encontramos en la **STSJ de Asturias de 27 de enero de 2012, IL J 448/2012**, en la que no había un concreto plan de prevención en relación con la manipulación de un equipo de trabajo —que no había sido diseñado para la tarea desarrollada y que carecía de la exigible certificación, y adscripción de un trabajador a la realización de unas tareas sin tomar en consideración las características del puesto de trabajo—; en la **STSJ de Castilla y León de 9 de febrero de 2012, IL J 456**, en la que se da una ausencia elemental de formación en el trabajo que se estaba desarrollando en la red eléctrica de alta tensión; en la **STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2012, IL J 402**, en la que se determina que ha quedado acreditada la responsabilidad empresarial en la producción del accidente y en el resultado lesivo para el trabajador con repercusiones invalidantes; en la **STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2012, IL J 435**, en la que la concurrencia de culpas no exonera de responsabilidad al empresario, sino que modera la responsabilidad del mismo suavizando el porcentaje del recargo a imponer; en la **STSJ de Cataluña 122/2012, de 11 de enero, IL J 402/2012**, en la que el trabajador no recibió formación suficiente en el manejo de dicha prensa. Al tiempo de suceder el accidente, el trabajador estaba controlando y sirviendo un total de cuatro máquinas que estaban funcionando simultáneamente, y lo estaba haciendo solo, lo que le obligaba a actuar con suma rapidez; y en la **STSJ de Galicia de 23 de enero de 2012, IL J 438**, en la que las empresas principal y contratista no realizan ninguna actividad de comprobación sobre el resultado de las obras, e incumplen su deber de coordinación y, por tanto, los incumplimientos tienen una relación causal con el accidente acaecido.

Un supuesto de responsabilidad solidaria se contempla en la **STSJ de Aragón de 25 de noviembre de 2012, IL J 328/2012**, en relación con los trabajadores que aquellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal. En virtud del artículo 123.1 TRLGSS, la descentralización productiva lleva a la responsabilidad solidaria con los contratistas y subcontratistas del empresario principal, por el cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por la Ley en relación con los trabajadores que aquellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, cuando tratándose de obras y servicios de su propia actividad, «la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal».

Por el contrario, un supuesto de caso fortuito lo encontramos en la **STSJ de Andalucía de 19 de enero de 2012, IL J 382/2012**, en la que la causa no fue un incumplimiento de la empresa en materia de seguridad, sino que ha de atribuirse a caso fortuito (mareo imprevisible en el momento en que desenganchó el arnés de seguridad para engancharlo en otro punto del andamio, que disponía de las medidas de seguridad adecuadas), de lo que se deduce que no hay base alguna para condenar a las codemandadas a indemnizar al actor por los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo.

C) Indemnización por daños y perjuicios

En la **STS de 14 de febrero de 2012, IL J 343/2012**, se determina la indemnización por daños y perjuicios por la relación de causalidad entre las lesiones y la enfermedad profe-

sional causada por falta de medidas de prevención. En efecto, en el presente caso, el empresario había de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, lo que no efectúa ante la constatada existencia de falta de las preceptivas medidas de seguridad. Pero además, tampoco justifica que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas exigibles en la fecha de los hechos, el daño no se habría producido, lo que tampoco ha efectuado, dado que la prueba de los hechos impositivos, extintivos u obstativos también incumbía al empresario como deudor de seguridad.

Según la **STSJ de Asturias de 27 de enero de 2012, IL J 395/2012**, no procede descontar del total indemnizatorio reconocido la suma percibida por el lesionado en concepto de prestaciones o subsidio de incapacidad temporal con cargo a la Mutua MC Mutual, ya que en la demanda no se reclama ni la aplicación del factor de corrección sobre el período de incapacidad temporal ni el lucro cesante dejado de percibir al haber minorado aquél la percepción de sus ingresos, cuestiones todas ellas ajenas a la indemnización debida por los días de incapacidad y secuelas conforme al baremo, que son iguales para todas las víctimas como resarcimiento por las lesiones sufridas hasta su curación o estabilización.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES

La **STS de 7 de febrero de 2012, IL J 280/2012**, absuelve al INSS de responsabilidad subsidiaria en el caso de una empresa que procede al descuento en su boletín de cotización de la cuantía que le corresponde a un trabajador por subsidio de incapacidad temporal tras generarlo por accidente laboral, sin que dicho trabajador llegara a recibir tal prestación siquiera por pago anticipado de la mutua. En suplicación, se condenaba a la Mutua a anticipar el pago y se declaraba subsidiariamente la responsabilidad del INSS en caso de insolvencia de la empresa. Contra esta sentencia, el INSS recurre en casación para unificación de doctrina y se alega como de contraste la dictada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en fecha 26-6-2002. En base a la doctrina de ésta, no procede la responsabilidad subsidiaria ya que sólo operaría en caso de deber de anticipo de acuerdo con el 94.4 de la LGSS de 1966, y no en el presente caso de responsabilidad directa de la prestación: hasta el momento del hecho causante, la empresa estaba al corriente de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización.

Sobre los mismos preceptos que la anterior, el Tribunal Supremo, en la **STS de 22 de febrero de 2012, IL J 351/2012**, niega también la responsabilidad subsidiaria del INSS sobre las cotizaciones que la empresa indebidamente descuenta a la Mutua, realizando aquella el abono directo de prestación de IT al trabajador por ser ella la responsable directa al haber incumplido anteriormente sus obligaciones de seguridad social. El argumento que presenta la sentencia de contraste, que es la que contiene la doctrina válida, sirve para confirmar que «la responsabilidad se produce en orden al cumplimiento de la función de garantía del efectivo abono de la prestación para el beneficiario, es decir, cuando el empresario incumple la obligación de pago de la prestación, bien de forma directa o mediante la constitución del capital coste, lo que obliga a la Mutua a hacerse cargo de la prestación para que ésta tenga efectividad. Pero no ha sido esto lo que ha sucedido en el presente caso. La prestación se ha abonado por el empresario, aunque indebidamente ese abono se ha

realizado como pago delegado y se ha descontado de las correspondientes cotizaciones», y así, «efectuada esta deducción, sin causa legal, no puede derivarse la responsabilidad subsidiaria que se pide, porque el Fondo 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».

En un caso de percibo indebido de prestación por desempleo contributivo a raíz de declararse improcedente el despido de un trabajador y la opción tomada por la empresa de readmitirle tras el consiguiente abono de los salarios de tramitación, la **STS de 14 de febrero de 2012, IL J 344/2012**, declara que es responsable el empresario de resarcir a la Entidad Gestora. En este caso, el empresario deberá resarcir al Servicio Público de Empleo Estatal de las cantidades percibidas por el trabajador deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios, siendo de aplicación lo establecido en el apartado 1 del artículo 227 LGSS, respecto al reintegro de prestaciones [art. 209.5 b) LGSS].

En relación al artículo 126 sobre responsabilidad en orden a las prestaciones y del 131 bis de la LGSS, la **STS de 20 de febrero de 2012, IL J 348/2012**, determina la responsabilidad de la mutua aseguradora de la contingencia en el momento del hecho causante de la prestación por IT derivada de enfermedad común durante el transcurso de la prórroga transcurrido el periodo máximo de 18 meses, de acuerdo con la doctrina sentada en la sentencia de contraste, STS de 4 de abril de 2005 (rec. 1068/04).

El tribunal, en la **STSJ de Asturias de 13 de enero de 2012, IL J 414/2012**, reafirma que el elemento de gravedad en el incumplimiento de las obligaciones de cotización no es esencial en la determinación de la responsabilidad de las prestaciones, en este caso jubilación. A diferencia del caso de imposición de sanciones administrativas por tales incumplimientos, el Tribunal reitera doctrina del TS en sentencia de 3 de abril de 2007 (rec. 920/2006), pues el alcance de ésta no está en función de la gravedad del incumplimiento, sino de la cuantía de la prestación causada y del importe del capital coste cuando se trata de pensiones. Así, la sentencia declara que en la valoración de la responsabilidad «ha de tenerse en cuenta las circunstancias particulares de cada supuesto y en el presente resulta que el descubierto se produce durante un dilatado periodo de tiempo (...) Pero la reiteración del incumplimiento no admite dudas e impide considerarlo un incumplimiento ocasional».

Por último, la **STS de 21 de marzo de 2012, IL J 500/2012**, determina que los efectos económicos de la revisión de la cuantía de la base reguladora de una prestación ya reconocida, y que conlleva el incremento de la pensión, solicitada antes del 31 de diciembre de 2006 (fecha de entrada en vigor de la modificación del art. 43.1 de la LGSS por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre) debe retrotraerse a los cinco años anteriores, y no aplicársele la nueva regulación, que establece una retroacción de tres meses anteriores a la solicitud.

10. ASISTENCIA SANITARIA

La **STS de 31 de enero de 2012, IL J 242/2012**, estima el recurso y confirma la sentencia de instancia, la cual obligaba al Servicio Canario de Salud a reintegrar los gastos médicos

ocasionados al recurrente por una intervención quirúrgica desarrollada en una clínica privada al considerar que concurrían los requisitos legales y reglamentarios exigidos. El artículo 9 de la Ley 16/2003 establece los criterios: situación de riesgo vital y justificación de que no se pudieron utilizar los medios del Sistema Nacional de Salud. Si cumplía ambos, el Tribunal Supremo refiere la doctrina de la Sala Cuarta en las sentencias de 14-10-2003 (rcud 43/2002) y 17/12/2003 (rcud 63/2003), siendo evidente el de la urgencia vital, al ser el propio Servicio Público de Salud quien, después de enviar al paciente a otro centro del sistema sanitario público con los medios necesarios para realizar la intervención, y éste negarse a realizar la operación, se pone en contacto con un centro privado para solicitar la intervención quirúrgica para al recurrente. La negativa del otro centro sanitario público sería equivalente a la imposibilidad de utilización de los medios públicos, «lo que demuestra que no hay, por parte del recurrente, ningún uso desviado o abusivo de la posibilidad abierta por el legislador».

Por otra parte, la **STS de 24 de enero de 2012, IL J 268/2012**, desestima recurso por el cual la mutua recurre el derecho a una prestación ortoprotésica de un trabajador que sufrió un accidente laboral, bajo el argumento de que el suministro de una prótesis no puede amparar aquellas no incluidas en los catálogos de material ortoprotésico. Para resolverlo, el Tribunal recuerda la STS de 2 de abril de 2010, recurso 1047/09, que, citando otras sentencias, en lo relativo a un accidente de trabajo, afirma que el Real Decreto 1030/2006 no resulta de aplicación directa y automática, pues «salvo norma específica en sentido contrario, en las contingencias profesionales rige el principio de reparación íntegra del daño». Así, de acuerdo con la sentencia recurrida, y según una constante interpretación jurisprudencial del artículo 11 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, en la asistencia sanitaria como parte de la acción protectora de la Seguridad Social «se encuadra el obligado suministro de una prótesis que trata de paliar los efectos del accidente laboral». Dicho artículo ha sido modificado por Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

En un caso de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo con recaída transcurridos más de seis meses del alta anterior, en el cual el trabajador prestaba servicios para una empresa distinta, que tenía los riesgos profesionales asegurados por una mutua aseguradora distinta a la recurrente, la **STS de 27 de diciembre de 2011, IL J 262/2012**, estima que la responsabilidad de la segunda baja se ha de atribuir a la mutua aseguradora a la fecha de la misma. De la lectura de los diferentes preceptos legales analizados (en especial, el mandato contenido en el artículo 9.1.º de la Orden Ministerial de 13-10-1967, en relación con los artículos 68.c), 129 y 131 bis, apartado 1, LGSS) se extrae que es voluntad clara del legislador el aislar cada nuevo periodo de recaída en cuanto concurre la circunstancia de un lapso de tiempo superior a seis meses. A pesar de que la causa de la segunda baja es recaída de la sufrida la primera vez, hecho determinante de su calificación como accidente de trabajo, se trata de un nuevo periodo y sus consecuencias han de ser establecidas atendiendo a las situaciones de alta y cotización vigentes o preceptivas a lo largo del tiempo transcurrido en el periodo de seis meses que precedió a la segunda baja.

En otra cuestión de responsabilidad de las prestaciones económicas, esta vez por IT derivada de contingencia común, en caso de prórroga del período máximo de 18 meses, la **STS de 20 de febrero de 2012, IL J 348/2012**, reitera su doctrina ya unificada en sentencias de 18 de noviembre de 1997, de 23 de diciembre de 1997 y 16 de mayo de 2000, según la cual «la responsabilidad del pago de la prestación no depende del mantenimiento de la relación de cotización hacia el futuro, sino de la vigencia de ese aseguramiento en el momento en que se produjo el hecho causante». Cita su sentencia de 4 de abril de 2005, en la cual razonaba que «si las cantidades devengadas por el beneficiario en concepto de subsidio por Incapacidad Temporal no son objeto de reintegro cuando no se reconozca el derecho a la prestación de Invalidez Permanente [en aplicación del artículo 6.3 del Real Decreto 1300/1991, de 21 de julio] y, que por ello, son a cargo de la Entidad Gestora, entidad colaboradora o empresa responsable de la prestación por Incapacidad Temporal, es lógico concluir, [...] que igual ocurre, cuando el reconocimiento de la Incapacidad Permanente no retrotrae sus efectos económicos a la fecha del alta, en el supuesto de que el subsidio por Incapacidad Temporal es de cuantía superior a la prestación por Invalidez Permanente. Por lo tanto, como lo prevé la Disposición Adicional 3.ª de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 en su número 3, durante la prórroga de efectos de la prestación de IT, ésta correrá a cargo de la entidad gestora, entidad colaboradora o empresa responsable del pago de la misma.

En un caso de anulación por el juez de lo social de un parte de alta en el que se discutía la obligación de abonar la prestación de IT más allá del período máximo de 18 meses, la **STS de 6 de febrero de 2012, IL J 243/2012**, estima, recordando su doctrina sentada en las sentencias de **23 de noviembre de 2011, IL J 49/2012**, y **7 de diciembre de 2011, IL J 141/2012**, interpretando el artículo 131 bis, número 3, párrafo tercero, y el artículo 131 bis, apartado 2, que el mero transcurso del periodo máximo en situación de IT no supone causa legal de extinción de la misma, sino que procede el examen del trabajador, en el plazo máximo de tres meses, a efectos de su calificación en el grado de incapacidad que corresponda. Por lo tanto, sigue teniendo el trabajador el derecho a cobrar las prestaciones de IT hasta que recaiga dicha calificación.

La **STS de 7 de febrero de 2012, IL J 280/2012**, estima que en ausencia de pago de la prestación de IT por la empresa, incumpliendo su obligación, el INSS no responde subsidiariamente de la prestación en caso de insolvencia de la empresa (ver sentencia comentada en apartado IX.9).

Resolviendo una cuestión de interpretación del artículo 2 de la Orden de 21 de marzo de 1974, por la que se regulan determinadas funciones de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social en materia de altas médicas («Durante un período, que será determinado por la Inspección de Servicios Sanitarios y que no podrá ser inferior a seis meses, la baja médica de los trabajadores que hayan sido dados de alta de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior corresponderá a dicha Inspección», otra **STS de 7 de febrero de 2012, IL J 282/2012**, hace una interpretación integrativa del precepto, a la luz de otras normas como la Disposición Adicional Primera del RD 1117/1998, de 5 de junio, estimando que la competencia exclusiva de la Inspección de Servicios Sanitarios en materia de nueva baja en los supuestos visados no se extiende a las bajas por dolencias distintas, que nada tienen que ver con la patología anterior. Por lo tanto, en el caso de autos, el médico de cabecera del trabajador era competente para otorgar la segunda baja.

Finalmente, en un caso de anulación de baja por una patología distinta («depresión-insomnio») a una primera baja («estenosis de canal lumbar»), por considerar que se trataba de una misma patología, al estar la trabajadora tratada por depresión mayor durante la primera baja, y producirse menos de 6 meses después del alta, habiendo transcurrido el período máximo, la **STSJ de Galicia de 30 de enero, IL J 451/2012**, censura la decisión del INSS. El Tribunal estima que el tratamiento por depresión al que fue sometida la trabajadora en el curso de la primera baja no altera el diagnóstico inicial, ni consta de los hechos probados que la depresión fue determinante en la prórroga de la primera situación de IT, por lo cual no se trata de una misma patología y no se pueden aplicar los límites del párrafo segundo del artículo 131 bis.1 LGSS.

12. MATERNIDAD

La **STS de 25 de enero del 2012, IL J 271/2012**, afirma que los requisitos para aplicar el derecho a prestaciones de riesgo durante la lactancia implican la existencia y acreditación de un riesgo específico en el puesto de trabajo para la madre y/o el lactante que no se pueda prevenir o remediar nada más que con la suspensión del contrato de trabajo. En relación a la misma prestación, la **STSJ de Galicia de 9 de marzo de 2012, IL J 574/2012**, reconoce la procedencia de la prestación por la presencia de riesgos en la unidad de neonatología de tipo físico, químico y biológico que son perjudiciales para la lactancia, no pudiendo operar el traslado. Del mismo Tribunal, la **STSJ de Galicia de 27 de marzo de 2012, IL J 576/2012**, constata como acreditados de forma precisa y clara la existencia de riesgos biológicos durante el periodo de lactancia y la imposibilidad de traslado de puesto de trabajo, por lo que se entiende aplicable la doctrina jurisprudencial del art. 135 bis de la LGSS. Por último, la **STSJ de Murcia de 20 de febrero de 2012, IL J 459/2012**, reconoce que la existencia de riesgo específico y acreditación de turnos rotatorios, así como la utilización de medios preventivos para evitar contagios a agentes biológicos, dan en este caso derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia, que deberá ser abonada por la Mutua de Accidentes de Trabajo por haberle denegado la baja.

Por otro lado, según la **STSJ de Asturias de 3 de febrero de 2012, IL J 399/2012**, en relación al derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo, no se entiende que exista riesgo durante el embarazo específico por conducir un autobús hasta que no esté avanzado el embarazo, aproximadamente a partir de la vigésima sexta semana.

13. RÉGIMENES ESPECIALES

A) Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

La **STS de 27 de febrero de 2012, IL J 353/2012**, analiza un supuesto de Incapacidad Permanente Absoluta en el que el importe de la pensión depende de si se otorga validez o no al incremento voluntario de la base de cotización que tuvo lugar durante el período de Incapacidad Temporal, si bien había sido solicitada antes de iniciarse dicho proceso de IT. El Tribunal Supremo, que revoca la sentencia dictada en suplicación, valora tres elementos como esenciales: que la base reguladora de la Incapacidad Temporal se determina por lo

cotizado en el mes anterior a la baja y es inmodificable durante todo el proceso, que la base reguladora de una Incapacidad Permanente es libremente elegida por el beneficiario dentro de un determinado período, y que un afiliado al RETA puede legalmente modificar su base de cotización durante un proceso de Incapacidad Temporal; ello comporta, en una interpretación literal de la normativa legal, que debe accederse a la pretensión del actor de que se calcule la pensión tomando en consideración las cotizaciones incrementadas voluntariamente.

El Tribunal se plantea asimismo —y ello es importante— que la absoluta permisividad frente a tales incrementos podría favorecer estrategias encaminadas a incrementar artificialmente las prestaciones futuras, por lo que dada la existencia de una laguna normativa y la identidad de razón, es aplicable la normativa dictada para los supuestos de IT que obliga a mantener la misma base de cotización durante todo el proceso de Incapacidad Temporal. Ahora bien, tal analogía debe aplicarse con dos limitaciones: que se trate de prestaciones que se hallen convexas con el proceso de Incapacidad Temporal (como las prestaciones por IP o por muerte y supervivencia), y que la modificación voluntaria al alza de las cotizaciones sea solicitada una vez iniciado el proceso de Incapacidad Temporal, salvo que haya elementos que evidencien un comportamiento fraudulento en supuestos de dolencias de evolución previsible. En el caso de autos, no constaba ni la mera sospecha de ánimo defraudatorio, que por otra parte el tribunal recuerda que no puede presumirse, y habiéndose solicitado la modificación con anterioridad a la baja por IT, el Tribunal considera que no puede prescindirse de las cotizaciones efectivamente realizadas.

La **STS de 8 de marzo de 2012, IL J 479/2012**, analiza si es compatible el percibo de una pensión de jubilación en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores autónomos —para cuyo cálculo se han computado cotizaciones de otro Régimen de la Seguridad Social— con la percepción de una pensión de Incapacidad Permanente del Régimen General de la Seguridad Social, derivada de enfermedad profesional. Para ello reitera la doctrina sentada en la **STS de 10 de mayo de 2006, IL J 902**, en la que se analizó un supuesto similar, aunque en aquel caso se trataba de otros regímenes especiales, extremo éste que es irrelevante. Dicha doctrina recuerda que en el RD 691/1991, que regula el cómputo recíproco de cotizaciones, se estipula la incompatibilidad de pensiones causadas en dos regímenes distintos si en relación a una de tales pensiones para acreditar el cumplimiento del período mínimo de cotización, o para calcular la cuantía de la pensión, o para ambas cosas, se hubieran tomado en consideración las cotizaciones efectuadas en el otro régimen. Pero tal precepto debe interpretarse en base al principio contributivo que indica que unas mismas cotizaciones no pueden dar lugar a todo un haz de prestaciones similares mediante su reutilización; sin embargo, tal aprovechamiento múltiple no se produce cuando una de dichas prestaciones se causa por contingencias profesionales, supuesto en el que el artículo 124.4 de la Ley General de la Seguridad Social exceptúa la exigencia de un período previo de cotización.

En la **STS de 7 de marzo de 2012, IL J 512/2012**, se plantea un nuevo caso relativo al requisito de hallarse al corriente de pago para poder causar en el RETA una pensión. En este caso se trataba de una pensión de viudedad solicitada más de trece años después del fallecimiento del causante, que fue concedida por el tribunal de instancia y ratificada en suplicación sin exigir pago alguno de los tres años de cotizaciones adeudadas por considerar que no al hallarse prescritas tales cotizaciones no podían ser reclamadas —ni tan sólo en

forma de invitación al pago— por parte de la Entidad Gestora.

El Tribunal escinde la resolución del caso en dos temas que analizará sucesivamente: en primer lugar si es exigible al cónyuge superviviente que pretende la pensión de viudedad que acredite estar al corriente de pago de las cotizaciones en el supuesto de que las cotizaciones no estuvieran prescritas en el momento del fallecimiento del causante, aunque posteriormente, en el momento de solicitar la pensión, sí se hallaban prescritas tales cotizaciones adeudadas. A ello responde el Tribunal que reiteradamente se ha establecido en su jurisprudencia que la prescripción posterior de las deudas de cotización no supone que se tenga por cumplido el requisito de hallarse al corriente de pago; ya que el artículo 28.2 del Real Decreto 2530/1970, que posteriormente fue elevado de rango al incorporarse tal exigencia en la Disposición Adicional trigésima novena de la LGSS, se refiere a las «cuotas exigibles» «en la fecha en que se entienda causada» la pensión. A tal efecto se reitera la doctrina de que únicamente es relevante la prescripción de las cuotas adeudadas cuando se había ya producido en la fecha del hecho causante, pero que carece de relevancia que tal prescripción hubiera acontecido después del hecho causante y antes de la solicitud de prestaciones. En consecuencia, la prescripción de las cuotas adeudadas supone su no exigibilidad, pero no se podrá suponer que tales cuotas prescritas fueron pagadas.

Una vez decidido lo anterior, se plantea el Tribunal —y ello será la aportación novedosa de esta sentencia— si la Entidad Gestora debe imperativamente incoar el procedimiento de invitación al pago de tales cotizaciones adeudadas que, recordémoslo, habían prescrito durante el largo período de trece años que mediaba entre el fallecimiento del causante y la solicitud de la pensión controvertida. La actora argumenta especialmente que la negativa de la Entidad Gestora a realizar tal invitación al pago supone su imposibilidad de cumplir con la obligación de pago, siendo así que es posible renunciar a la prescripción ganada, y que sería legítimo que a la par que se solicita una pensión que es imprescriptible se abonasen las cuotas pendientes sin ampararse en la prescripción. Y efectivamente el Tribunal considera que la prescripción de la deuda no puede asimilarse a su extinción a todos los efectos, por cuanto se puede renunciar a la inexistencia de las cotizaciones prescritas, y tampoco puede afirmarse que el mero transcurso del plazo de prescripción suponga el efecto ficticio de la presunción de pago.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

En un caso de sanción por incumplimiento, primero, de la obligación de elaborar el Estudio de Seguridad y Salud con el alcance y contenido previsto en la normativa de prevención de riesgos laborales, y, segundo, de las obligaciones de coordinación de seguridad y salud en la fase de ejecución, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de enero, IL J 449/2012**, confirma la sanción impuesta en el mínimo de su grado máximo. Después de haber desestimado los argumentos de la empresa recurrente denegando su calidad de promotora y discutiendo el alcance de las obligaciones del promotor, el Tribunal estima que la sanción impuesta es proporcional atendiendo a los criterios del artículo 39.3, apartados a), b) y c), del RDL 5/2000. Tratándose del montaje de la estructura metálica de una pasarela peatonal en construcción, mediante el punteo soldado de sus diferentes elementos componentes, el Tribunal confirma que son actividades peligrosas, listadas en el Anexo II del RD

1627/1997 como trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y salud de los trabajadores, que tienen un carácter permanente, ya que afectan a toda la duración de los trabajos de montaje de la estructura, y que han producido unos daños graves que podrían haber producido incluso la muerte del trabajador.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La **STS de 29 de noviembre de 2012, IL J 255/2012**, determina que no es de aplicación el plazo de caducidad, contemplado en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, a las resoluciones con las que se finaliza la incoación de un expediente de reintegro de prestaciones indebidas. El Tribunal Supremo manifiesta que la vía administrativa incoada por la entidad gestora, como elemento voluntarista que es y no susceptible de producir efectos favorables, desfavorables o de gravamen para el afectado —sólo la sentencia que ponga fin a la vía judicial crea una situación jurídica trascendente para éste—, no puede producir ningún efecto *ad extra*. Es decir, los afectados no pueden derivar consecuencias que vayan más allá de la reparación de las expensas a que hubiera dado lugar en caso de incumplimiento por parte de las Administraciones.

La **STS de 30 de enero de 2012, IL J 241/2012**, especifica los supuestos en los que la parte empleadora está activamente legitimada. En primer lugar, en aquellos procesos sobre prestaciones de IP en que pretenda la revisión hacia un grado inferior de invalidez de la que hubiese sido previamente declarada responsable o la impugnación de la resolución administrativa que la hubiese declarado responsable. En segundo lugar, en procesos por accidente de trabajo, incluyendo aquellos en los que no se le derivase responsabilidad directa al haber cumplido con sus obligaciones en materia de Seguridad Social. Finalmente, la empleadora también está legitimada para recurrir una resolución administrativa del INSS declarativa de una prestación derivada de enfermedad profesional en la que, a pesar de haber resultado absuelta, la aseguradora sí hubiese sido condenada.

IGNASI AREAL CALAMA
SERGIO CANALDA CRIADO
MARINA CASTELLS I MÀRQUES
CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA
EUSEBI COLÀS NEILA
ALEXANDRE DE LE COURT
JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ
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 22 de diciembre de 2011, IL J 261**, se resuelve la extinción de la prestación por desempleo por salida al extranjero del beneficiario por un período superior a 15 días, sin comunicárselo al SPEE.

El recurrente aduce que la sentencia recurrida ha infringido el ordenamiento jurídico, en particular el artículo 213.1.g) de la LGSS, en relación con el artículo 6.3 del RD 625/1985, de 2 de abril.

Alega, en esencia, que la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta la prohibición total que dichos preceptos imponen, tanto interpretados en su sentido literal como en el histórico y en el teleológico, aspectos todos que conducen a considerar inviable la percepción de la prestación por desempleo cuando el solicitante o perceptor infringe sus deberes de comunicar a la Entidad Gestora la existencia de una causa para salir al extranjero y, por otro lado, permaneciendo en el extranjero más del tiempo permitido por el RD 625/1985.

El artículo 213.1 LGSS establece: «El derecho a la percepción de la prestación por desempleo se extinguirá en los casos siguientes: ... g) Traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen».

Por su parte, el artículo 6.3 del RD 625/1985, de 2 de abril, en redacción dada por RD 200/2006, de 17 de febrero, dispone: «El derecho a la prestación o al subsidio por desempleo quedará suspendido en los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional, o cooperación internacional, por un periodo continuo inferior a doce meses, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en los convenios o normas comunitarias. En otro caso el traslado de residencia al extranjero incumpliendo alguno de los requisitos anteriores supondrá la extinción del derecho.

No tendrá consideración de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 231.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio».

Por lo tanto, la prestación de desempleo puede quedar en las siguientes situaciones:

- a) Suspendida, en los supuestos de traslado de residencia al extranjero para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, siempre que sea por un periodo inferior a doce meses.
- b) Mantenido, en los supuestos de la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez.
- c) Extinguida, en los supuestos de salida al extranjero por tiempo superior a 15 días, no comprendidos en el apartado a).

La razón de la extinción es que el preceptor de prestación de desempleo tiene que cumplir las obligaciones impuestas en el artículo 231 de la Ley General de la Seguridad Social, muchas de las cuales resultan imposibles de cumplir si el trabajador no permanece en España.

En el asunto ahora examinado el trabajador, que venía percibiendo prestación por desempleo, abandonó España y permaneció en Bolivia durante algo más de tres meses.

Esta ausencia y permanencia en el extranjero del trabajador, si bien en un primer momento pudo estar justificada por la premura del abandono de España y la gravedad de la causa —su padre había sido hospitalizado el día anterior y falleció a los dos meses de su ingreso en la clínica—, posteriormente devino carente de justificación alguna, ya que el motivo de la ausencia de España y permanencia en Bolivia había desaparecido, pues el padre había fallecido, no obstante lo cual el trabajador permaneció un mes más en Bolivia.

A la vista de los datos anteriormente consignados forzoso es concluir que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 213.1.g) de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el RD 625/1985, de 2 de abril, en redacción dada por el RD 200/2006, de 17 de febrero, procede la extinción de la prestación de desempleo que venía percibiendo el trabajador y, al no haberlo entendido así la sentencia recurrida, procede la estimación del recurso formulado.

En la **STSJ de Andalucía de 12 de enero de 2012, IL J 384**, se resuelve acerca de la procedencia de la prestación por desempleo por la finalización de un contrato indefinido y la inmediata suscripción de otro fijo discontinuo.

El actor prestó servicios con carácter indefinido desde el día 4 de junio de 1991, siendo de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo para el Sector de Industrias de la Madera de la Provincia de Huelva (BOP núm. 58, de 26 de marzo de 2010).

Con fecha 12 de febrero de 2009 empresa y trabajador suscriben contrato para la realización de trabajos fijos discontinuos consistentes en «Administración en general dentro de la actividad cíclica intermitente SEGÚN PEDIDOS DE CARTERA, cuya duración será de SIN DETERMINAR».

El 28 de febrero de 2009 la mercantil «HUVI, S.L.» cursó la baja del trabajador en el sistema de la Seguridad Social.

En el certificado de empresa confeccionado por la patronal consta como causa del cese: «fin o interrupción de la actividad de los trabajadores fijos discontinuos».

El día 13 de marzo de 2009 el actor solicita el abono de la prestación contributiva por desempleo, que le fue denegada mediante Resolución del Director Provincial de Prestaciones de fecha 24 de abril de 2009.

Desde el 13 de mayo de 2009 el demandante figura nuevamente de alta con la mercantil «HUVI S.A.».

Solicita el demandante el pago de la prestación por desempleo correspondiente al periodo 28-2-09 a 13-5-09, prestación que había sido denegada por entender la Entidad Gestora que, a pesar del contrato suscrito por el actor (fijo discontinuo), la naturaleza de la prestación de servicios era de carácter indefinido.

El art. 208.4 de la Ley General de la Seguridad Social establece: «Se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos, incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, en los períodos de inactividad productiva».

Entender que la transformación del contrato del actor de fijo a fijo discontinuo no se justifica por las reales circunstancias del desarrollo de la actividad es lo que ha llevado al Servicio Público de Empleo Estatal a denegar la prestación.

El examen del relato fáctico lleva a la clara conclusión de que, en efecto, realmente no se ha producido una conversión de la actividad permanente e ininterrumpida en cíclica o intermitente, ya que sigue teniendo la misma naturaleza que tenía, esto es, continua, no pudiendo operar en consecuencia la causa suspensiva de la actividad porque ésta no es de por sí repetitiva solo en ciertas fechas, de forma tal que, sin esta causa, y teniendo en cuenta la existencia de un previo contrato indefinido por la prestación de la misma actividad, la interrupción de la actividad requiere autorización Administrativa mediante ERE, supuesto en el que a la prestación debatida se accedería a través de la causa legal de desempleo prevista en el art. 208.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

Esta incorrecta modificación del contrato, ajeno a su verdadera naturaleza fija, implica así mismo la irregularidad de la extinción y, por ende, imposibilita el acceso al derecho a la prestación por desempleo.

Atendiendo a las circunstancias del presente caso, debe concluirse que la finalización de un contrato indefinido y la inmediata suscripción de otro fijo discontinuo no es algo que el trabajador pueda obviar y exige su disposición voluntaria a tal efecto, en tanto que conoce que pasa de una situación con grandes beneficios para el mismo en circunstancias normales (la relación fija ordinaria, a la que debe tender el empleo) a otra en la que ve reducido su trabajo aunque puede colmar los periodos sin trabajo y salario con la prestación por desempleo. Ello se trata sin duda de un supuesto diferente al de quien contrata desconociendo las especificidades legales del tipo de contratación que la empresa le ofrece (temporal que no se ajusta a la causa de temporalidad), que es básicamente lo contemplado por la Jurisprudencia, situación distinta, por tanto, de la que quien teniendo en vigor un contrato fijo lo cambia por otro fijo discontinuo.

Tal situación no es ajena al trabajador, y su voluntad consciente que operó la novación de su situación, sustituyendo con ello el salario por la prestación, no puede conllevar el derecho a ésta.

e) Supuestos especiales

En la **STSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2011, IL J 362**, se resuelve acerca del derecho al cobro de la prestación por desempleo cuando coincide dicha situación con un período de incapacidad temporal.

Disponen los arts. 212 y 222 de la LGSS, en lo que aquí interesa:

«Art. 212. El derecho a la percepción de la prestación por desempleo se suspenderá por la Entidad Gestora en los siguientes casos: ... d) Mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta ajena de duración inferior a doce meses, o mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta propia de duración inferior a veinticuatro meses. 2. La suspensión del derecho a la prestación supondrá la interrupción del abono de la misma y no afectará al período de su percepción, salvo en el supuesto previsto en el apartado a) anterior, en el cual el período de percepción de la prestación se reducirá por tiempo igual al de la suspensión producida.

Art. 222. Desempleo. Maternidad e incapacidad temporal.—1. Cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y durante la misma se extinga su contrato, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el ap. 1 del art. 208 y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo. En tal caso, se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo.

La entidad gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del ap. 1 del art. 206, asumiendo en este caso la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuenta como consumido, incluso cuando no se haya solicitado la prestación por desempleo y sin solución de continuidad se pase a una situación de incapacidad permanente o jubilación, o se produzca el fallecimiento del trabajador que dé derecho a prestaciones de muerte y supervivencia.

Cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales y durante la misma se extinga su contrato de trabajo, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal, en cuantía igual a la que tuviera reconocida, hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces, en su caso, a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el ap. 1 del art. 208, y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación por desempleo sin que, en este caso, proceda descontar del período de percepción de la misma el tiempo que hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal tras la extinción del contrato, o el subsidio por desempleo».

Entiende el recurrente que lo dispuesto en el citado art. 222.1, párrafo 1.º al final, respecto a que «En tal caso, se descontará del período de percepción de la prestación por

desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo», no puede aplicarse al supuesto enjuiciado, porque, en éste, el trabajador tenía ya reconocida una prestación, que quedó en suspenso al haber comenzado un trabajo contratado por tiempo inferior a un año, prestación que se ha de reanudar al terminar el contrato y la incapacidad temporal, en sus términos propios, sin descuento del tiempo de permanencia en incapacidad temporal, porque —entiende el recurrente— este descuento establecido en la norma se refiere a una prestación no en suspenso sino generada por la extinción del contrato, aunque no se iniciara su cobro por la situación de incapacidad temporal.

La norma expuesta no distingue en los términos en que lo hace el recurrente, es decir, entre reanudación de una prestación por desempleo suspendida cuando surge el supuesto de hecho contemplado en el art. 222, o una prestación iniciada en el mismo caso.

Sin embargo, la norma diferencia expresamente los supuestos de incapacidad temporal por enfermedad común de los causados por contingencias profesionales, o las situaciones de maternidad o paternidad, estableciendo (núm. 1 párrafo último y núm. 2 del precepto) que en estos casos no procede descontar del período de percepción del desempleo que correspondiera el tiempo que se hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal profesional o de maternidad o paternidad.

Así pues, no sólo no se genera derecho a cobrar dos prestaciones cuando coincide periodo de incapacidad temporal con situación de desempleo, sino que, además, cuando aquella incapacidad no proviene de contingencia profesional o no se trata de maternidad o paternidad, debe descontarse de la duración de la prestación por desempleo a que se tuviere derecho el periodo de duración de la incapacidad temporal de etiología común.

Este descuento de periodo de prestación fue establecido en la redacción del precepto dada por el art. 34.10 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, ya que en la versión original del art. 222 se establecía justamente lo contrario («En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo el tiempo que hubiera permanecido en situación de incapacidad laboral transitoria», según redacción dada por la Disposición Final 3.2 de la Ley 42/1994, de 30 diciembre).

Disponer o no, la norma legal, dicho descuento es una opción legislativa resultado de la libertad del legislador para configurar las prestaciones de Seguridad Social en función de los recursos disponibles. Resulta una clara disminución de la protección para las situaciones de incapacidad temporal de etiología común, presumiblemente por las dificultades que presenta el control del fraude en esta contingencia. Pero no se advierte razón alguna por la que deba interpretarse, cual entiende el recurrente, que el descuento de tiempo de prestación de desempleo sólo se habría de aplicar a prestaciones iniciadas tras la extinción del contrato y de la incapacidad, y no a las que se reanudan tras su suspensión. Entiende la Sala que ni siquiera una interpretación restrictiva del precepto debe llevar a ese resultado.

El uso de las palabras «haberse iniciado» en la expresión legal del art. 222 («percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo») no obliga a excluir supuestos como el litigioso, en el que la prestación no se inicia sino que se reanuda, pues en todo caso el trabajador inicia entonces la percepción de

la prestación reanudada, y además el supuesto es análogo, por lo que el descuento de duración de la prestación es norma que se ha de aplicar tanto a prestaciones iniciadas como a las que se reanuden tras el término de la incapacidad temporal. Ningún criterio interpretativo conduce a distinta conclusión, a juicio de la Sala.

Inexistentes pues las infracciones legales denunciadas en el recurso, procede su desestimación y la confirmación de la sentencia impugnada.

F) Gestión, Financiación y Pago

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012, IL J 263**, se resuelve acerca de la necesidad o no de que el momento de la solicitud del pago único sea anterior al comienzo de la actividad como trabajador autónomo.

El demandante solicitó y obtuvo subvención de cuotas a la Seguridad Social dentro de la modalidad de pago único de la prestación contributiva de desempleo, para lo que rellenó el impreso correspondiente en el que constan las tres posibilidades, una consistente en el único pago del valor actual del importe de la prestación contributiva, que marcó y le fue concedida, otra en la subvención de cuotas de la Seguridad Social, que es la posibilidad que no marcó entonces el actor y reitera ahora, y la tercera consistente en el abono de la prestación y en la subvención, es decir, de las dos anteriores de modo conjunto, para el desarrollo de actividad de trabajador autónomo.

La prestación le fue concedida.

Formula posteriormente nueva solicitud, de la subvención de cuotas a la Seguridad Social, la opción que no indicó en la primera ocasión, en la que pide la prestación y le es denegada.

Como con precisión establece la sentencia recurrida, «el debate jurídico entablado se centra en determinar si un trabajador a quien se le concedió la prestación contributiva de desempleo en su modalidad de pago único puede, con posterioridad al inicio de la actividad como trabajador autónomo, solicitar la subvención de las cuotas de la Seguridad Social». La sentencia recurrida da una respuesta negativa a esta cuestión, mientras que la de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco el 24 de junio de 2008, se la da positiva.

La cuestión, en definitiva, se reduce a determinar cuál de las dos sentencias realiza la interpretación más ajustada a derecho de los textos legales aplicables reguladores de la prestación por desempleo en la denominada modalidad de pago único: el artículo 228.3 de la LGSS, modificado por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, cuya Disposición Transitoria Cuarta modifica también el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, de desarrollo del citado precepto de la LGSS, a su vez con posteriores modificaciones (RRDD 1413/2005, de 25-11, 1975/2008, de 28-11, y 1300/2009, de 31-7).

La sentencia de contraste hace una interpretación histórica, sistemática y teleológica de los citados preceptos legales que es necesario compartir.

Frente a esta interpretación, la sentencia recurrida se ciñe a señalar que en la Disposición Transitoria Cuarta citada, apartado 1, regla 4.^a, se dice que «la solicitud de

abono de la prestación por desempleo de nivel contributivo... en todo caso deberá ser de fecha anterior a la fecha de incorporación a la cooperativa o sociedad laboral, o a la de constitución de la cooperativa o sociedad laboral, o a la de inicio de la actividad como trabajador autónomo». Ahora bien, como ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, tal exigencia se explica en relación a la finalidad de esta modalidad de prestación por desempleo: favorecer el autoempleo, como consta en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 1413/2005. De ahí que, si ya se disfruta previamente de esa condición de autoempleado (por estar ya incorporado a una cooperativa o sociedad laboral o por haber iniciado ya la actividad como trabajador autónomo), no es necesario poner en marcha ese instrumento de fomento de un autoempleo que ya existe. Pero eso conduce a interpretar flexiblemente la exigencia de anterioridad de la solicitud.

Hay algo que conviene recordar: tanto la prestación principal como la complementaria son, simplemente, parte integrante de una prestación contributiva por desempleo obtenida en función de unas cotizaciones previamente acreditadas. Y, asimismo, debe subrayarse que la parte de la prestación que hemos denominado principal vendrá justificada por unas determinadas «inversiones» o gastos de instalación para poder desarrollar la actividad como trabajador autónomo que deben acreditarse, como establece la regla tercera de la repetidamente citada Disposición Transitoria Cuarta, apartado 1, mientras que la parte de prestación que hemos denominado complementaria dependerá de que, en efecto, se haya conseguido la finalidad de la norma: en nuestro caso, que el desempleado trabaje como autónomo y pague sus cuotas al RETA. Pero esta subvención de cuotas, sumada a la parte de prestación capitalizada, nunca va a poder superar el total de la prestación de desempleo causada.

Por tanto, se entiende que hay que estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

Jubilación forzosa en convenio colectivo

La cuestión de fondo que se plantea en la **Sentencia del Tribunal Supremo, rcud, de 29 de marzo de 2012, IL J 505/2012**, es si es válida o no la cláusula de jubilación forzosa del artículo 175 del I Convenio Colectivo de los CCA. Para responder a esta cuestión procede, no obstante, despejar una cuestión previa, a saber, cuál es la legislación aplicable al caso. En un primer momento, cuando se aprueba el Convenio Colectivo citado (año 1999), estaba en vigor la Disposición Adicional Décima del ET en su versión del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que, modificando la primitiva Disposición Quinta del originario ET de 1980, para recoger la doctrina constitucional al respecto (especialmente, las SSTC 22/1981, de 2 de julio, y 58/1985, de 30 de abril), vinculaba la jubilación forzosa a su utilización «como instrumento para realizar una política de empleo». Esta Disposición Adicional fue derogada por Real Decreto-ley 5/2001, de 3 de marzo (convertido en Ley 12/2001, de 9 de julio), pero fue de nuevo puesta en vigor por la Ley 14/2005.

El tenor literal de esta Disposición Transitoria era sorprendente, pues no solamente «rescataba» las cláusulas de jubilación forzosa que se habían introducido en los convenios colectivos en el período (2001 a 2005) en que no existía habilitación legal para ello sino que —y esto es lo más anómalo, dada la citada doctrina constitucional— no condicionaba la validez de esas cláusulas a su vinculación con la política de empleo. Sin embargo, esta anomalía fue subsanada por las dos citadas STS de 22-12-2008, dictadas en Sala General, en las que, tras un minucioso análisis de la doctrina constitucional y del TJUE (especialmente, de la sentencia de 16-10-2007, asunto Palacios de la Villa, en aplicación de la Directiva 2000/78), y haciendo una interpretación histórica, sistemática y teleológica de la disposición transitoria citada, se llegaba a la conclusión de que, también para las cláusulas de jubilación forzosa aparecidas en ese período 2011-2005, es siempre exigible su vinculación a los objetivos de la política de empleo. En conclusión: por una u otra vía, esa vinculación ha sido siempre necesaria desde 1980 hasta hoy.

La cuestión ha sido ya resuelta por la Sala Cuarta en la STS de 3-5-2011 (rcud 3594/2010), reiterando doctrina que la misma cita. En dicha sentencia se resuelve un caso idéntico al de autos, de un controlador de AENA, aplicando el mismo Convenio. En dicha sentencia de 3-5-2011 se resume la doctrina del Tribunal Supremo sobre el alcance de la necesaria vinculación a la política de empleo de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa en los siguientes términos: «de acuerdo con la doctrina de la Sala —sentencias de 22 de diciembre de 2008, recursos 3460/2006 y 856/2007— lo decisivo en orden a la justificación o no de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa es el establecimiento en el convenio colectivo que las incorpora de las correspondientes medidas de promoción o fomento del empleo. En términos de las sentencias citadas la justificación no puede entenderse limitada a la ocupación de la vacante dejada por el trabajador cesado, sino que tiene un sentido más amplio de mantenimiento o mejora del empleo; objeto que ha de concretarse a través de acciones que garanticen su estabilidad, sostenimiento y calidad, y en este sentido también se dice que no basta con la referencia a cualquier objetivo genérico, sino que son necesarias especificaciones concretas que han de incluirse en el propio convenio, aunque no necesariamente... en el precepto que dispone la extinción del contrato por el cumplimiento de la edad de jubilación, sino en cualquier otro precepto, aunque siempre de forma inequívoca» (STS/IV de 3 de diciembre de 2009, rcud 1159/2009); y añade: «los sujetos públicos no quedan eximidos de que se les aplique la DA 10.^a ET ..., siquiera en determinados supuestos no resulte fuera de lugar una cierta flexibilización formal en la expresión de los objetivos de empleo, habida cuenta de la limitación que en cierto orden de previsiones pudiera comportar la sujeción a la Ley de Presupuestos y a la Oferta Pública de Empleo» (citadas SSTs/IV de 22 de diciembre de 2008 —rcud 3460/2006— y de 22 de diciembre de 2008 —rcud 856/2007—, y STS/IV de 10 de noviembre de 2009 —rcud 2514/2008—).

Y aplicando dicha doctrina general al examen del Convenio de los CCA, la citada STS de 3-5-2011 llega a la conclusión de que la jubilación forzosa prevista en su artículo 175 está plenamente justificada, sobre la base de los siguientes argumentos: «1. En base a la normativa contenida en el “I Convenio Colectivo entre el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y el colectivo de Controladores de la Circulación Aérea” y a la interpretación efectuada, entre otras, en las citadas SSTs/IV 18-febrero-2010 (rcud 787/2009) y 11-abril-2011 (rcud 1600/2010) en relación con la invocada juris-

prudencia comunitaria en interpretación del art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE (SSTJCE 1/2010 de 12-enero, Asunto Petersen, 2/2010 de 12-enero, Asunto Colin Wolf, y 350/2010 de 18-noviembre, Asunto Georgiev), la Sala entiende que el art. 175 en relación con las restante normativa del citado I Convenio Colectivo se ajusta plenamente a la Disposición Adicional 10.^a ET. 2. Dado que: a) la profesión del demandante, Controlador Aéreo, es una “actividad de gran responsabilidad por el riesgo de graves accidentes que provoca gran estrés, lo que pudiera justificar una importante reducción de la jornada laboral y una jubilación anticipada y forzosa”; b) previamente a la regulación forzosa por edad se contempla en los arts. 166 a 174 del I CCP la licencia especial retribuida a la que los Controladores pueden acogerse a partir de los 52 o 55 años, según los casos, y hasta su jubilación a los 65 años conforme al art. 175, en periodo en el que el Controlador no presta servicios, pero cobra el salario ordinario fijo y por él la Empresa efectúa la correspondiente cotización, o incluso el límite o condicionamiento al desempeño de funciones operativas al alcanzar la edad de 57 años *ex* disposición adicional 4.^a Ley 9/2010 de 14-abril, lo que pone de manifiesto la importancia que la edad tiene para el desempeño de esta profesión; c) el Acuerdo de 24/02/00, por el que la AENA se obliga a dotar un plan de pensiones que asegure al Controlador la totalidad de sus retribuciones al tiempo de la jubilación; d) en el referido Convenio Colectivo existen concretas cláusulas que fomentan la contratación en prácticas y la relación laboral indefinida (arts. 2 y 3), así como la estabilidad en el empleo prohibiendo la reducción de plantilla (acuerdo décimo cuarto), concediendo al trabajador la opción para optar entre la indemnización y la readmisión en caso de despido improcedente (art. 28) y excluyendo la posibilidad empresarial de extinción contractual en los supuestos de merma de la capacidad operativa (art. 27.2) o de ineptitud sobrevenida (art. 162); y, e) el hecho de que desde el 1-enero-1999 hasta el 15-diciembre-2008, la demandada ha contratado a un total de 930 controladores aéreos en prácticas, luego convertidos en contratos indefinidos, y se han jubilado forzosamente por edad en dicho período un total 182 controladores aéreos».

Exigencia de carencia específica: Doctrina del «paréntesis»

El tema objeto de debate en el recurso de unificación que resuelve la **Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2012, IL J 486/2012**, es el del alcance que se debe dar a la doctrina del paréntesis, acuñada originariamente por la jurisprudencia y hoy consagrada, en lo que a la pensión de jubilación se refiere, por el artículo 161.1.b) de la LGSS.

Se trata de concretar la manera en que procede aplicar la doctrina del paréntesis, consistente en neutralizar, a efectos del cómputo de esos quince años dentro de los cuales debe haber dos cotizados, el período de situación asimilada al alta sin obligación de cotizar.

En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que la doctrina del paréntesis debe aplicarse de una forma flexible, exigiendo, por un lado, la manifestación del *animus laborandi*, que se prueba mediante la inscripción como demandante de empleo, y permitiendo, por otro lado, interrupciones en esa inscripción debidas a variadas circunstancias, por ejemplo una enfermedad impeditiva u otros supuestos de infortunio personal, o cuando las interrupciones no son excesivamente largas, precisando que «la valoración de la brevedad del intervalo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su carrera de seguro, y también en su caso la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal» (STS, IV,

de 10-12-2001, rcud 561/2001, con cita de varias anteriores). Esa interpretación flexible puede llevar a que, aplicando esa misma doctrina jurisprudencial pero teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, proceda o no aplicar la doctrina del paréntesis.

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

Trabajadores migrantes de la Unión Europea

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de febrero de 2012, IL J 817/2012**, se plantea la cuestión de la base reguladora de la pensión de jubilación de un trabajador emigrante de la Unión Europea, cuestión ha sido resuelta por esta Sala en las Sentencias de 16-6-2000, 18-10-2000 y 7-12-2001, entre otras, en el sentido de que a partir de las SSTs de 9-3-99, y las que la siguieron de 15 y 16 de dicho mes, 15 de abril de 1999 y 20 de enero del 2000, en principio la base reguladora de la pensión solicitada por un trabajador emigrante se calcula, de acuerdo con el derecho comunitario europeo, tomando en consideración, exclusivamente las bases de cotización correspondientes a los años inmediatamente anteriores a la interrupción de su cotización a la Seguridad Social española, aplicando a la pensión así calculada los aumentos y revalorizaciones establecidos para los años posteriores y hasta la fecha del hecho causante; ahora bien, cuando el beneficiario invoque la aplicación de un convenio bilateral de Seguridad Social que le resulte más beneficioso, en tal caso debe aplicarse dicha normativa —interpretación fundada en la jurisprudencia comunitaria de TJCE, SS. 7-2-1991, 9-10-1997 y 17-12-1998—, con lo que dicho alto Tribunal entiende (en aplicación de Convenio Hispano-Alemania) que la base reguladora se determina computando las bases medias de cotización vigentes en España durante los años precisos inmediatamente anteriores al hecho causante para un trabajador de la misma categoría o grupo profesional que el beneficiario, con las mejoras y revalorizaciones procedentes, doctrina plenamente aplicable al supuesto presente, en que se invoca por el actor la aplicación del Convenio Hispano-Holandés al que resulta extrapolable la doctrina señalada para el Hispano-Alemania, lo que implica desestimar este motivo de recurso, por cuanto el Juzgador de instancia ya aplicó esta doctrina.

Por otro lado, también recoge la Sentencia el criterio del Tribunal Supremo, modificado entre otras en la STS de 7-7-2007 (rec. 3650/2005), 28-5-2007, 19-6-2008 y últimamente en la de 28-10-2008, de que no puede perjudicarse al trabajador por haber ejercitado su derecho a la libre circulación, y por tanto los periodos de embarque realizados bajo la legislación de otro país comunitario deben computarse a todos los efectos como realizados en nuestro país, lo que implica que el tiempo resultante por la aplicación de coeficientes reductores de edad por los embarques efectuados se computan también para determinar la prorata a cargo de la Seguridad Social española.

En segundo lugar, en relación con la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora y la determinación del porcentaje de la *pro rata temporis* de un trabajador migrante, en el Régimen especial del mar, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2012, IL J 506/2012**, recoge el criterio rectificado de la Sala, entre otras las sentencias 6 de noviembre de 2007, 26 de junio de 2008 y 29 de abril de 2009, que se refie-

re al cómputo de las cotizaciones correspondientes al periodo de reducción de la edad de jubilación. En estas sentencias se establece que, de acuerdo con un criterio interpretativo ya consolidado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, «los períodos de bonificación reconocidos por la legislación nacional que sean anteriores al hecho causante deben incluirse no sólo a efectos del cálculo de la pensión teórica, sino también para determinar el importe efectivo de la prestación a cargo de la Seguridad Social española». Aplicando esta doctrina, la sentencia de 17 de julio de 2007, después de examinar detenidamente las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 18 de febrero de 1992 (asunto Di Prinzio) y 3 de octubre de 2002 (asunto Barreira), llega a la conclusión de que las cotizaciones con las que se compensa o bonifica el adelanto de la edad de jubilación y el correspondiente acortamiento de la carrera de seguro, aunque son ciertamente cotizaciones «ficticias», han de computarse para el cálculo de la pensión de los trabajadores migrantes del mar. En efecto, se trata de cotizaciones que se computan para los trabajadores que no han emigrado, y, siendo ello así, de acuerdo con las previsiones de igualdad de trato que derivan del principio de libre circulación, tienen que calificarse como período asimilado a seguro con los efectos previstos en los artículos 1.r) y 46.2 del Reglamento (CEE) 1408/1971.

También establece la sentencia, recogiendo la doctrina que han reiterado sentencias posteriores —entre ellas las de 14 de mayo de 2008 y 29 de abril de 2009—, que tras la modificación del Reglamento CE 1408/1992 por el Reglamento CE 1248/2002, el nuevo art. 47 establece en el apartado a) de su número 1 que «si la duración total de los períodos de seguro y de residencia cumplidos antes del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados es superior a la duración máxima exigida por la legislación de uno de esos Estados para obtener una prestación completa, la institución competente de este Estado tomará en consideración dicha duración máxima en vez de la duración total de dichos períodos», y «es manifiesto que la interpretación del precepto ha de conducir, dada su claridad, al acogimiento de la pretensión del recurrente, en cuanto que no cabe aplicar a este caso el principio general de distribución ordinaria, sino que deberá serlo el específico, de manera que en aplicación de la misma, tal y como viene sosteniéndose por la doctrina científica, la institución competente española ha de totalizar únicamente los períodos de cotización foráneos necesarios hasta alcanzar la duración máxima exigida por la LGSS.

Cálculo de la base reguladora

En la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 7 de noviembre de 2012, IL J 309/2012**, se plantea la aplicación en el caso enjuiciado de la denominada teoría del paréntesis a los efectos de establecer los periodos de tiempo que deben ser tenidos en consideración para calcular la base reguladora de la prestación de jubilación reconocida al demandante.

A este respecto recoge la sentencia la doctrina de que el «paréntesis», en cuanto eliminación de un período de cómputo, que se sustituye por otro anterior, queda referido exclusivamente a la situación de invalidez provisional y, en su caso, a las prórrogas del artículo 131 bis.2 de la Ley General de la Seguridad Social en el marco de un problema técnico de ordenación de la protección y de interpretación en el contexto legal de un término en sí mismo equívoco —el de hecho causante—, que ha tenido también que ser precisado a

otros efectos, como los ya indicados de la exigencia del alta y del cómputo de las llamadas «carencias cualificadas».

Ahora bien, esta doctrina no puede extenderse a otros supuestos diferentes, que ya no reflejan un problema general de la articulación de la protección, ni se relacionan con la interpretación de una expresión legal equívoca, sino que ponen de relieve incidencias diversas en la situación de empleo del beneficiario.

El Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 14 de junio de 2006, recurso núm. 4375/2004, ha establecido nuevamente que la aplicación de la doctrina del tiempo muerto o paréntesis no se corresponde con lo que se prevé de forma literal en el art. 140.1 LGSS sino que constituye doctrina de esta Sala aplicable a supuestos muy concretos, cual puede apreciarse se dijo en la STS de 7 de febrero de 2000 (rec. 109/99), sentencia de Sala General en la que se tuvo en cuenta un déficit específico del sistema de protección que podría derivar de la aplicación meramente literal de las previsiones legales. Pero esa excepción se hizo exclusivamente en un primer momento en relación con el período de invalidez provisional previo a la declaración de invalidez, y, si bien luego se extendió por un defecto de aplicación de lo dicho por aquella sentencia a otros supuestos distintos, fue posteriormente corregido tanto por diversas sentencias, entre otras las SSTS de 1-10-2002 (rec. 3666/01) y 12-7-2004 (rec. 5513/03), a partir de las cuales ha quedado esta doctrina excepcional referida exclusivamente a los períodos sin obligación de cotizar, por invalidez provisional inmediata al proceso de invalidez en el que la misma es declarada (en este momento histórico prácticamente inexistente) o a los períodos de prórroga de la incapacidad temporal también inmediatamente anterior a la declaración de invalideces como específicos en los que las previsiones legales del sistema en la articulación de la protección pueden llevar a perjudicar sin justificación alguna los derechos de aquéllos.

La Sentencia considera que, no existiendo pronunciamientos jurisprudenciales en sentido contrario, la señalada doctrina de la Sala ha de proyectarse al presente supuesto, bien que por referencia al régimen jurídico aplicable a la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación. Y ello aun cuando, desde un punto de vista de justicia material, la inaplicación de la doctrina del paréntesis a supuestos como el presente resulte ciertamente discutible. En primer lugar, por las evidentes concomitancias entre las situaciones de invalidez provisional y la denominada incapacidad permanente «revisable» *ex* artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores (si en último término no vino a sustituirla, ninguna duda cabe de que, junto a la nueva regulación de la incapacidad temporal, esta nueva situación suspensiva vino a compensar en cierto modo la desaparición de la invalidez provisional); pero sobre todo, y en segundo lugar, por el perjuicio cierto que en supuestos como el presente puede derivarse para el administrado de la inaplicación de la señalada doctrina, pues, al margen de la integración de lagunas con bases mínimas, nuestro ordenamiento jurídico no contempla el modo de reponer las cotizaciones dejadas de efectuar por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador.

Así las cosas, sobre la base del criterio ya seguido por esta misma Sala en aplicación de la doctrina jurisprudencial existente en la materia, no es posible aplicar la doctrina del paréntesis pretendida por la parte recurrente. Y ello porque el período de tiempo en el que se pretende esa aplicación no se corresponde ni con un supuesto de invalidez provisional ni con uno de prórroga de incapacidad temporal amparada en el artículo 131 bis.2 de la

Ley General de Seguridad Social, sino con uno de incapacidad permanente «revisable» conforme al artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores; en concreto, entre septiembre de 2006 y agosto de 2008, fecha en la cual la inicial calificación de la incapacidad permanente absoluta fue revisada por mejoría, extinguiéndose así la situación de incapacidad permanente absoluta previamente reconocida. En este orden de cosas, la actuación de la Entidad Gestora fue ajustada a Derecho a la hora de determinar la base reguladora de la pensión de jubilación de la actora pues, al no existir obligación de cotizar, el período señalado se integró con bases mínimas, en aplicación estricta de lo dispuesto en el artículo 162.1.2 de la Ley General de la Seguridad Social y con exclusión de la denominada teoría del paréntesis.

d) Derecho transitorio

Pensión de jubilación SOVI y cotizaciones ficticias por nacimiento de hijo

La cuestión litigiosa que resuelve la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 7 de noviembre de 2012, IL J 311/2012**, se centra en determinar si se pueden computar como cotizados los 112 días por parto a los que se refiere la Disposición Adicional Cuadragésima cuarta de la LGSS, cuando desde la fecha del parto hasta el 31 de diciembre de 1966 hay menos de 112 días.

Como esta Sala ha establecido en múltiples resoluciones (STSJ de 30-7-2008, rec. 82/2008; 15-1-2009, rec. 2/2009; 20-2-2009, rec. 55/2009; 7-5-2009, rec. 165/2009, entre otras), la Disposición Adicional 44.^a de la LGSS, sobre períodos de cotización asimilados por parto, establece: «A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda». La norma transcrita, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, de 3 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tiene la evidente finalidad de que la mujer trabajadora, en prosecución de la efectiva igualdad y no discriminación por razón de sexo que la citada Ley Orgánica pretende, no resulte perjudicada en la pensión de incapacidad permanente o de jubilación por la situación de maternidad en que haya estado, de manera que se le otorga el beneficio o la prerrogativa de considerarse cotizado el tiempo que, por cada parto, el precepto establece cuando no ha habido una efectiva cotización.

Esa finalidad de dar efectividad al principio de igualdad constitucionalmente establecido hace que haya de incluirse bajo el ámbito del precepto también a la mujer trabajadora que cotizó en el ámbito de SOVI, pues no hay razón alguna para excluirla de dicha prerrogativa, al darse en ella, y con mayor intensidad por referirse a tiempos pasados, la dificultad de compaginar la actividad laboral con la maternidad que la norma trata de paliar en sus efectos, y cuando, además, de esta norma no puede deducirse de un modo cierto que por referirse a «cualquier régimen de la Seguridad Social» esté excluyendo al SOVI, aunque éste sea un régimen residual y no pertenezca al sistema de la Seguridad Social actualmente

existente, lo que hace que el precepto deba ser interpretado en un sentido favorable a la efectividad del derecho constitucional que desarrolla y, por tanto, que el mismo extiende su previsión a las pensiones de vejez e invalidez del SOVI.

Señala la sentencia que si bien las normas del actual sistema de la Seguridad Social no resultan en principio de aplicación a la pensión SOVI, conforme así tiene reiterado el Tribunal Supremo, ello no obsta para que el legislador sí pueda introducir normas que trasciendan ese sistema y afecten al SOVI, como así se estima que ha efectuado con la Disposición Adicional 44.^a LGSS examinada, cuya aplicación al SOVI, aunque no esté expresamente determinada, resulta de las previsiones que establece la misma Ley Orgánica 3/2007 que la introduce, al tener esta Ley por objeto el «hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer» (artículo 1), significando el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres «la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad» (artículo 2.1), y precisando que tal principio de igualdad de trato «es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas» (artículo 4), de lo que resulta necesario concluir que la previsión de la Disposición Adicional examinada, tendente a paliar los defectos de cotización que la maternidad haya podido causar a la mujer trabajadora para el logro de las pensiones contributivas de jubilación o incapacidad, es referible también al régimen del SOVI, pues este régimen bien puede entenderse comprendido en la expresión de «cualquier régimen de la seguridad social» que el precepto contiene, y, en todo caso, la obligada interpretación de la norma de un modo favorable a la efectividad del principio de igualdad de trato (de manera que la maternidad no sea una circunstancia que perjudique a la mujer frente al hombre para la obtención de la pensión), obliga a su aplicación al régimen del SOVI, pues, en otro caso, se estaría aplicando la norma, que no excluye de un modo cierto al SOVI, de un modo no favorable a la efectividad del principio de igualdad, sin que haya razón evidente para que se mantenga en ese régimen la desigualdad derivada de la maternidad que la norma trata de evitar.

Esta doctrina ha sido confirmada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que, desde su sentencia de 21-12-2009, rcud. 201/2009, y tras interpretar la norma de aplicación, su origen, contexto y finalidad, ha declarado que una norma como la DA 44.^a LGSS exige un canon de interpretación amplio que permita la consecuencia de su objetivo (la efectiva igualdad) y sirva para combatir el efecto negativo del embarazo y la maternidad, por más que se trate de una norma de Seguridad Social, pues su justificación hace precisa una interpretación que, más allá del plano legal, se efectúe desde el plano constitucional. A este respecto el Alto Tribunal afirma que «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 es esa actividad laboral la que se ha visto afectada por la circunstancia derivada de su sexo».

De esta forma, el TS ha mantenido que las normas de Seguridad Social no se aplican al SOVI, pero la lectura de la Disposición Adicional 44.^a LGSS ha de hacerse en sentido de no excluir expresamente a quienes estuvieron integradas en el SOVI. De esta manera, los cánones interpretativos indicados hacen que el beneficio otorgado por la Disposición Adicional 44.^a LGSS sea aplicable a todas las mujeres que no hubieran trabajado por haber tenido hijos, sin que implique sólo una mera proyección de futuro. La Ley sirve al objetivo de paliar los efectos de la situación de discriminación ya producida y la que puede surgir, y 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. Según la doctrina expuesta no cabe duda de que la cotización ficticia por parto se aplica al SOVI y por ello, debe aplicarse a la demandante, toda vez que el nacimiento de su hijo se produjo antes del 1 de enero de 1967.

f) Compatibilidad e incompatibilidades

La cuestión controvertida que resuelve la **Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2012, IL J 479/2012**, se centra en determinar si es compatible el percibo de una pensión de jubilación del Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos —para cuyo cálculo se han computado cotizaciones de otro Régimen de la Seguridad Social—, con la percepción una pensión de Incapacidad Permanente del Régimen General de la Seguridad Social, derivada de enfermedad profesional.

La sentencia de esta Sala de fecha 10 de mayo de 2006, recaída en el recurso de casación unificadora 4521/2004, ya tuvo ocasión de resolver la cuestión controvertida. En esta sentencia, dictada en supuesto sustancialmente idéntico, interpretando los mismos preceptos que la resolución recurrida, se declara que «Se trata en definitiva de determinar la incidencia que en la regla general de incompatibilidad de las prestaciones posee la circunstancia de que en una de ellas no se precise de ninguna cotización como elemento constitutivo. Tal sucede con las prestaciones por incapacidad permanente derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, con arreglo al artículo 124 de la Ley General de la Seguridad Social para las que no es necesario un periodo previo de cotización. La regla establecida por el artículo 5.1.º del Real Decreto núm. 691/1991, de 12 de Abril, declara incompatible con otra que la misma persona hubiera causado o pudiera causar en esta última, la pensión reconocida por un órgano o la entidad gestora de un régimen, si el cumplimiento del periodo mínimo de cotización exigido para el derecho a aquélla, o la determinación del porcentaje aplicable para calcular su cuantía, o ambos casos, hubiera dependido de las cotizaciones computadas en otro régimen».

Una interpretación literal del precepto convendría en que la utilización de unas cotizaciones para el reconocimiento de una prestación anula toda posibilidad de ulterior reconocimiento. Para establecer la correcta interpretación del precepto debe partirse de la naturaleza contributiva del sistema de prestaciones en la Seguridad Social española. Este

sistema posee distintas normas que lo configuran, en unos casos para definir el *quantum* de lo exigible, es decir el número de cotizaciones precisas para acceder a las prestaciones cuando éstas son elemento contributivo, como es la regla general. La misma naturaleza contributiva determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas pueden ser aprovechadas; así, en la Disposición Adicional Trigésima Octava del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio señala, para el caso de pluriactividad que, de no causar derecho a pensión en unos de los Regímenes, las bases de cotización acreditadas en éste podrán ser acumuladas a las del Régimen en que se cause la pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de esta, siempre que la suma no exceda del límite máximo de cotización vigente en cada momento y con la condición de acreditar la permanencia en la pluriactividad durante los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante y, en otro caso, la parte proporcional. Esta es la contrapartida por no haber podido sumar las cotizaciones a efectos de carencia, lo que sí sería posible cuando no existe superposición de las cotizaciones. Así, prevé el artículo 9 del citado texto refundido la totalización de los periodos de permanencia en cada uno de dichos Regímenes, siempre que no se superpongan. El resultado es, obviamente, una sola pensión obtenida de la suma de cotizaciones que se originan en diversas fuentes de obligación. Por contra la superposición, que impide la intercomunicación, podrá, en su caso, dar origen a distintas prestaciones, con el único límite del que en cada momento se imponga a las percepciones de fondos públicos.

En definitiva, se está en todo momento configurando un paisaje prestacional vinculado a la presencia de cotizaciones con independencia de su origen, siendo lo relevante su uso con el matiz temporal de su carácter sucesivo a la hora de construir una carrera de seguro, de suerte que de una sola no surja un haz de prestaciones coincidentes en el objeto de cobertura. Pero es necesario, para que la objeción actúe, que sea la carrera de seguro lo relevante en el reconocimiento de la prestación por sí o en unión de otros requisitos. Nada de esto sucede en casos como el que nos ocupa, en que la historia de aseguramiento con que cuenta el interesado carece de toda influencia en la prestación que se reconoce.

El demandante insta una pensión de invalidez permanente derivada de la contingencia de enfermedad profesional para la que el artículo 124.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, exceptúa salvo disposición legal expresa en contrario, de la exigencia de periodo previo de cotización. No existe reutilización de cotizaciones al reconocer la prestación por enfermedad profesional.

D) Previsión social voluntaria

a) Mejoras voluntarias

En la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de febrero de 2012, IL J 546/2012**, se plantea la reclamación de un complemento por jubilación, estableciendo que para determinar el importe del complemento de la pensión solo debe computarse la cuantía de esa pensión de jubilación o invalidez, considerada en solitario, prescindiendo

de las consecuencias que sobre ella pueda producir la concurrencia con otras pensiones públicas.

La demandante suscribió con el BSCH un acuerdo de prejubilación en fecha 29 de diciembre de 1999, con fecha de efectos desde el 31 de diciembre del mismo año, cuya cláusula cuarta establece que «Cuando llegue a los 63 años de edad se compromete a solicitar la pensión de jubilación ante el INSS, momento a partir del cual el importe total que le sea fijado por dicho Organismo, considerado en cómputo bruto anual, junto con la cuantía a que hubiese ascendido la cuota anual de Seguridad Social a su cargo, calculada a la fecha de su cese en el servicio activo, le serán deducidas de la cifra anual detallada en la estipulación segunda del presente documento, quedando la diferencia como complemento de pensión a su favor por parte del Banco».

La actora solicitó al demandado BSCH el complemento de la pensión de jubilación, que fue rechazado por el Banco, por ser la pensión computada concedida superior al sueldo anual computable a efectos de jubilación que le correspondería, con independencia de que la misma se haya limitado por ser perceptora de otras pensiones.

La sentencia, aplicando la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23-11-00 (aunque en esta la clase de pensión sea distinta —de invalidez permanente—), resuelve el problema planteado en el recurso, que se concreta en los supuestos de concurrencia de pensiones y su repercusión sobre los complementos de pensión referidos.

Así pues, la cuestión que hay que resolver en este litigio consiste en esclarecer si, en los casos de concurrencia de pensiones públicas en que entra en juego el tope máximo de éstas, el cálculo del importe del complemento de pensión comentado se ha de hacer exclusivamente sobre la cuantía de la pensión de jubilación que se hubiese satisfecho, de no haber existido tal concurrencia de pensiones; o si, por el contrario, ese cálculo tiene que efectuarse sobre el montante de esa pensión de jubilación que resulta de dicha concurrencia, que es el que realmente se hace efectivo.

A partir de ahí, a juicio del Tribunal Supremo, «la solución que corresponde adoptar es aquélla según la que el importe del complemento de pensión que es objeto del debate de esta litis debe ser calculado tomando como sustraendo el montante de la prestación de incapacidad permanente absoluta que reconoció el INSS (en este caso, jubilación) al demandante, una vez aplicado a la misma el límite legal de las pensiones públicas..., sin tener en cuenta a tal respecto la cuantía todavía más reducida de esta prestación... que resulta de la concurrencia de la misma con la pensión de viudedad que dicho demandante tiene reconocida. Por consiguiente, se estima correcta la postura que, a este respecto, sostiene la entidad de ahorro demandada... El complemento de pensión sobre el que se centra el presente debate se refiere única y exclusivamente a la pensión de incapacidad permanente absoluta que se reconoció al actor, y por ello es totalmente razonable llevar a cabo el cálculo del importe de tal complemento teniendo tan sólo en cuenta la estructura y cuantía de esa pensión de incapacidad por sí misma, prescindiendo por completo de la incidencia que sobre ella y su importe, pueda producir la concurrencia de otras pensiones distintas. La prestación de invalidez que constituye la base del complemento sobre el que se discute, no tiene nada que ver con las otras prestaciones que haya podido obtener el interesado; de ahí que las consecuencias y efectos de estas últimas sobre aquélla, en virtud de la concurrencia de todas ellas, no debe ser tenida en cuenta... Cuando se trata de supuestos de concurrencia

de pensiones, la distinta procedencia de éstas y la eventualidad de su propia existencia, impiden que se pueda considerar como un elemento sustancial de la prestación de que se trate... Cuando llega el momento en que tal pensión se ha obtenido y hay que determinar el importe de dicho complemento de pensión, sólo debe computarse, a esos efectos, la cuantía de esa pensión de jubilación o invalidez, considerada en solitario, prescindiendo de las consecuencias que sobre ella pueda producir la concurrencia con otras pensiones públicas».

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) *Concepto. Grados y baremos*

c') Incapacidad permanente total

La STS de 26 de marzo de 2012, IL J 465/2012, siguiendo la doctrina ya unificada en la STS de 15 de marzo de 2011, resuelve la cuestión de la determinación de la profesión habitual a efectos de una IP, cuando durante un dilatado periodo de tiempo previo se han llevado a cabo funciones relacionadas con actividad política. En la misma se considera que una actividad política o político-representativa, como es la de alcalde, desarrollada durante un largo periodo de tiempo, es «profesión habitual» a efectos de una declaración de IPT. Ello se sostiene a pesar de que los cargos públicos (incluidos los de personal eventual) son por naturaleza cargos temporales, puesto que su desempeño obedece a una relación estricta de representación popular, esto es, no se trata de puestos de trabajo que jurídicamente sean susceptibles de «profesionalización». Ello por tratarse de la ejercida prolongadamente durante los años anteriores a la solicitud y no de la residual (ejercida durante un período brevísimo de tiempo con posterioridad al ejercicio del cargo público), así que es dicha actividad la que debe tenerse en cuenta a los efectos de valorar su capacidad residual para el trabajo. La fundamentación jurídica seguida por el TS parte del art. 137.2 LGSS, en el que se establece que «la calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca»; así como que, a «efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente». Por su parte, el art. 11.2 de la Orden de 15 de abril de 1969, dictada como desarrollo reglamentario de la Ley, establece que: «Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo, y en caso de enfermedad, común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria de la que se derive la invalidez. A tales efectos se tendrán en cuenta los datos que consten en los documentos de afiliación y cotización». Siguiendo la doctrina jurisprudencial, la profesión «habitual» es la ejercida prolongadamente, y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la situación invalidante. No obstante, en el supuesto concreto, se deniega la declaración de IPT porque

las lesiones que padece el demandante no le incapacitaban para su profesión habitual, que según el encuadramiento es de jefe administrativo grupo de cotización 03, con funciones de alcalde y dedicación exclusiva. De hecho el actor estaba adecuadamente encuadrado en el Régimen General como jefe administrativo, en el grupo de cotización 03, apareciendo que su situación suponía realmente una actividad con dedicación plena y remunerada, libremente asumida en sustitución de la anterior, y que a efectos de Seguridad Social resulta equiparable a una actividad por cuenta ajena, como resulta del artículo 205.4 LGSS, en redacción dada por la Ley 37/2006, con arreglo a la que se reconoció a quienes desempeñaran actividades como la del demandante las prestaciones por desempleo.

d) Dinámica de la protección

En materia de revisión del grado de IP resulta de especial interés la **STSJ de Andalucía 133/2012, de 19 de enero, IL J 381/2012**, en relación a la caducidad del expediente: considera que el transcurso del plazo de 135 días para resolver el expediente de revisión no produce su caducidad, sin que quepa la aplicación automática de la caducidad del art. 14 de la Orden Ministerial de 18-1-1996 por la que se desarrolla el Real Decreto 1300/1995, en relación con lo dispuesto en los artículos 92 y 44.2 de la Ley 30/1992, puesto que este está previsto solamente para supuestos en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen para los beneficiarios. El TSJ de Andalucía señala que no puede considerarse el expediente de revisión de grado de invalidez, expediente especial que corresponde a la entidad gestora en función de las facultades que tiene atribuidas de control y gestión de las situaciones de IP, ni un expediente sancionador, ni susceptible de producir gravamen para los beneficiarios, a los que en cualquier caso, aun siendo la resolución desfavorable, la tardanza no perjudicaría al beneficiario sino al contrario, porque la fecha de efectos económicos que pudieran derivarse no es la del inicio del expediente sino la de la resolución, a salvo naturalmente de lo que al fondo se refiera, lo que es susceptible del correspondiente recurso jurisdiccional.

e) Compatibilidad e incompatibilidades

La **STSJ de Castilla-La Mancha 2/2012, de 10 de enero, IL J 400/2012**, enjuicia un supuesto en el que se decide sobre la posibilidad de solicitar una nueva pensión por incapacidad permanente cuando el actor es beneficiario de Gran Invalidez del Régimen General, pero compatibilizó la prestación con el trabajo como vendedor de cupones para la ONCE durante muchos años, los suficientes para generar derecho a otra pensión por dolencias nuevas. Se estima una nueva Gran Invalidez, también en el Régimen General, con arreglo a la base nueva mayor, y todo ello en concurrencia de dolencias nuevas, que le impedían ya trabajar como vendedor de la ONCE, y todo ello sin perjuicio de la elección por el demandante conforme al art. 122 de la LGSS. Según el TSJ de Castilla-La Mancha aquí no se estaría pidiendo revisión por agravación, sino el reconocimiento de una nueva prestación de Gran Invalidez (o, subsidiariamente, de incapacidad permanente absoluta o subsidiariamente total), también en el Régimen General, pero en relación al trabajo por cuenta ajena como vendedor de cupones para la ONCE y con arreglo a las cotizaciones efectuadas

por tal trabajo, y la solución se encuentra estrechamente relacionada con la doctrina jurisprudencial sobre la compatibilidad entre las pensiones de Incapacidad Absoluta y Gran Invalidez y la actividad laboral del incapaz. En consecuencia, el pronunciamiento parte del considerando de que al pensionista de invalidez en los grados de absoluta o gran invalidez se le permite el desarrollo de una actividad profesional compatible con su estado, que con las nuevas tecnologías puede llegar a ser algo más que una mera actividad marginal o de escasa relevancia, y por ello y como consecuencia necesaria de tal actividad causará las oportunas cotizaciones. Por consiguiente, «siendo claro que no existe en el momento presente norma alguna que permita la revisión de la base reguladora de las pensiones de invalidez ya reconocidas por la realización de nuevas cotizaciones (a salvo de los criterios judiciales sobre recálculo en caso de revisión de grado), no lo es menos que si tras el primer reconocimiento, que llevó aparejada la consumición de cotizaciones, se causa una nueva carrera de seguro susceptible de fundar el reconocimiento de una nueva prestación... sin perjuicio de que luego debieran aplicarse los preceptos generales en materia de incompatibilidad, y el beneficiario tuviera que realizar la correspondiente opción».

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

El 174.2 de la LGSS, conforme a la modificación operada por la Ley 40/2007, condiciona la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente a que los beneficiarios sean acreedores de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil, y que ésta, además, se extinga por el fallecimiento del causante (debe recordarse que la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, por todas la sentencia de 10 de octubre de 2008, ha establecido claramente las diferencias existentes, tanto en el concepto como en la finalidad, entre la pensión compensatoria que regula el art. 97 del Código Civil y la pensión alimenticia entre parientes regulada en los arts. 142 y ss. del mismo Código Civil); sobre este requisito trata la **STS de 14 de febrero de 2012, IL J 345/2012**, y en concreto sobre la interpretación y alcance de la exigencia legal de tener reconocida pensión compensatoria para devengar la pensión de viudedad, o bien si basta acreditar la existencia de una dependencia económica del beneficiario, resolviendo que para tener derecho a la pensión de viudedad es necesario que el cónyuge viudo tenga reconocido el derecho a pensión compensatoria, pues dicha pensión, afirma, no es equiparable a una situación de dependencia económica del fallecido.

Para valorar el alcance de dicha resolución debe conocerse que, en supuesto que juzga y en la propia sentencia de suplicación, se afirma que en la sentencia de separación se reflejaba que no se pactaba pensión compensatoria, no porque la situación de desequilibrio económico no existiera, sino por la constatación de la falta absoluta de recursos del causante que no tenía patrimonio —excepto una moto— ni trabajo conocido, por lo que no podía hacer frente a más obligaciones legales que a la pensión alimentaria de los hijos, la custodia de los cuales se otorgaba a la esposa (también es relevante que en el supuesto que juzga no

es de aplicación la Disposición Transitoria Decimoctava de la LGSS por haber transcurrido más de diez años entre la fecha de la separación y la del óbito del causante, ni tampoco se puede acceder a la pensión de viudedad por ser víctima de violencia de género).

Como se puede observar, el Tribunal Supremo ha optado por considerar «irrelevante» (que es el criterio que mantenía el INSS) la situación de necesidad de la demandante de la pensión, así como su dependencia económica del causante, y por tanto que debe estarse únicamente a la exigencia legal «formal» de la existencia reconocida de pensión compensatoria, criterio que desde nuestro punto de vista debe considerarse en exceso rigorista y que no atiende a la finalidad de la norma, que era establecer un requisito asistencial/dependencia para obtener la pensión de viudedad, como es la acreditación de la situación de necesidad a través de la dependencia económica que tenía la viuda del sujeto causante, sin que se pueda considerar que la situación de dependencia se da exclusivamente cuando se acredita la pensión compensatoria. Es decir, el Tribunal Supremo ha optado por aplicar «la contundencia del tenor literal de la Ley», sin atender a interpretaciones finalistas de la reforma.

La **STS de 21 de febrero de 2012, IL J 350/2012**, vuelve a reiterar lo que ya hemos comentado en estas páginas, en relación con la acreditación del requisito de existencia de una pareja de hecho a los efectos de reconocimiento de pensión de viudedad al sobreviviente, cuando el hecho causante acontece tras la entrada en vigor (el 1 de enero de 2008) de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, y que se resuelve en que la acreditación de la existencia de la pareja de hecho debe hacerse conforme a los medios establecidos en el artículo 174 de la LGSS, y que son la inscripción de la pareja de hecho en el registro específico o documento público en el que conste la constitución de dicha pareja; en efecto, la doctrina ya consolidada sobre la acreditación de pareja de hecho se puede sintetizar en los siguientes puntos: 1) que los requisitos legales de existencia de pareja de hecho y de convivencia estable y notoria, establecidos ambos en el vigente artículo 174.3 LGSS, son distintos, debiendo concurrir ambos para el reconocimiento del derecho a pensión a favor del sobreviviente; 2) que, en el mismo precepto legal, las reglas de acreditación de uno y otro requisito son asimismo diferentes; 3) que la «existencia de pareja de hecho» debe acreditarse, de acuerdo con el repetidamente citado artículo 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 (entre otras, véase la STS de su sala cuarta de 20 de diciembre de 2011).

Por otro lado, y en relación a los efectos que puede tener, a los fines del percibo íntegro de la pensión de viudedad, el hecho de que tras separación judicial del matrimonio los que fueron esposos continúen la convivencia pero no pongan en conocimiento del Juzgado la reconciliación, la **STS de 23 de abril de 2012, IL J 502/2012**, reitera la consolidada doctrina (entre otras, en la de 15 de diciembre de 2004) por la que «la separación matrimonial, en tanto se mantiene el pronunciamiento judicial que la decretada produce —*ex lege*— unos determinados efectos, entre los que aparece, como el más esencial, el cese de la convivencia conyugal (...), de aquí que, en tanto subsista y no se modifique por una nueva resolución judicial la decretada situación de separación matrimonial, la convivencia conyugal resulte legalmente inexistente, por más que pueda seguir dándose en la práctica

o de hecho. Siendo esto así por las exigencias de la propia naturaleza de un Estado de Derecho, la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no puede surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha», además (reiterando la doctrina contenida en la STS de 2 de febrero de 2005), «cuando la reconciliación no se comunica, se está ante una reanudación de hecho de la convivencia, que, si bien puede tener efectos ante los cónyuges (...), no produce tales efectos ante terceros, condición que tiene obviamente la Entidad Gestora de la Seguridad Social, pues por razones de seguridad la reconciliación tiene que estar vinculada a un reconocimiento oficial. Y destaca que también hay que tener en cuenta la necesaria publicidad, que, en principio, resulta predicable de las situaciones relativas al estado civil, y si la sentencia que acordó la separación se inscribe en el Registro Civil también tendrá que inscribirse la reconciliación, que sólo puede tener acceso al Registro a través de la resolución que el órgano judicial adopte, una vez comunicada por los cónyuges la reconciliación conforme al art. 84 del Código Civil ». Concluyendo que «para que la reanudación de esa convivencia pueda dejar sin efecto ulterior lo resuelto en el procedimiento de separación, esto es, la suspensión de la vida en común de los casados que es el efecto propio de la sentencia de separación, es necesario que los cónyuges, es decir los dos de consuno y no uno solo, la pongan en conocimiento del juez civil que entendió de la separación. Mientras tanto no es posible hablar de convivencia con relevancia jurídica a los efectos que se discuten». En resumen, reitera que en estos supuestos es necesario que los cónyuges la pongan en conocimiento del juez civil que entendió de la separación. Mientras tanto no es posible hablar de convivencia con relevancia jurídica a los efectos que se discuten, es decir, sobre la cuantía de la pensión de viudedad.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

M.^a NIEVES MORENO VIDA

ÁNGEL J. GALLEGU 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 sancionador.**
 - B) **Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias.**
-

1. CUESTIONES PRELIMINARES

La presente crónica tiene por objeto dar cuenta de los principales pronunciamientos judiciales que en relación con el Derecho Administrativo Laboral han aparecido en los últimos meses, en concreto los publicados en la revista *Información Laboral*, números 3, 4, 5 y 6 de 2012. Al margen de lo anterior, y con carácter preliminar, resulta necesario aludir a las modificaciones que se han introducido en la LISOS por las últimas reformas laborales, primero con ocasión de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y por otro lado a través del RD-ley 26/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria.

Por lo que respecta a las modificaciones introducidas por la Ley 3/2012, éstas se relacionan con la nueva regulación del trabajo a distancia, de los despidos colectivos, de las empresas de trabajo temporal y de las agencias de colocación. A ello responden los cambios que se introducen en los arts. 6.5, 7.6, 8.3, 8.14, 16.1 y 16.1 *bis*, 18.3.c) y 40.1.

En cuanto al RD-ley 20/2012, las modificaciones, en este caso, afectan exclusivamente al art. 17.1.a) LISOS; por otra parte, se añade un nuevo párrafo al art. 24.3.a) y se introducen también las letras d) y e) en el mismo precepto. Todas estas previsiones se relacionan con la percepción de la prestación por desempleo y los deberes frente al servicio público o las agencias de colocación colaboradoras.

2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento sancionador

El pronunciamiento más relevante en esta sede es la **STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de mayo de 2012**, IL J646/2012 cuyo interés radica, desde la esfera procedimental, en que recuerda cómo la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos no tiene actualmente el carácter de Administración Pública, por lo que no le resulta aplicable el procedimiento especial previsto por el art. 45.1 de la Ley 31/1995, sobre infracciones cometidas por las Administraciones Públicas, que desarrolla el RD 702/2002, de 19 de julio. En efecto:

«... la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos no tiene en la actualidad el carácter de Administración Pública conforme a lo previsto en el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no siendo un organismo público que sujete su actividad al régimen de Derecho Administrativo, conforme a lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley 6/1997 y 43.1 de la misma Ley, ni siquiera bajo el concepto de entidad pública empresarial, que ya a los efectos del personal laboral se sujeta a las normas de Derecho Laboral (artículos 53 y siguientes de la citada Ley 6/1997). Es ello así porque la Ley 14/2000, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social en su artículo 58 sometía a la referida Sociedad plenamente a las normas de Derecho Laboral en los aspectos que nos ocupan, sin perjuicio de las peculiaridades que le fueren exigibles conforme a las previsiones contenidas en el artículo 6.1.a) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, cuestión cuyo análisis desbordaría el ámbito de la presente resolución».

B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

Esta misma sentencia, por otra parte, delimita el alcance de la obligación contenida en el art. 16 Ley 31/1995 relativo a la elaboración del plan de prevención, evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva, concretamente incide en la cuestión relativa al cumplimiento de estos deberes en el caso de empresas con un ámbito geográfico de actuación muy amplio. Y es que, en tales circunstancias, se podría dudar sobre si basta una evaluación general, respecto de todo el ámbito de actuación, o, por el contrario, se requiere una evaluación en cada centro de trabajo. Pues bien, en este punto, la sentencia mencionada indica que:

«... por más que el ámbito de la actividad de la empresa sea todo el territorio nacional, ello no la exonera de que los centros de trabajo a que se ha referido el acta de infracción deban contar con la evaluación de riesgos laborales, exigida en el referido precepto. De esta forma, pudiera entenderse, sí, que de haberse acreditado la existencia de la evaluación a un nivel general, respecto a todo el ámbito de actuación de la Sociedad estatal, que fuera asimismo aplicable a los centros objeto de la inspección, quedaría cumplimentada la exigencia de efectuar dicha evaluación, mas la mera referencia a una evaluación inicial y general no exonera de su concreta aplicación, sea cual fuere el ámbito territorial, a los centros de trabajo en que la Administración laboral ha considerado que no se ha formulado la evaluación en los acuerdos recurridos. De esta forma, la mera cita de la existencia de

una evaluación general o de la obligación de efectuarla, no exonera del deber de acreditar la existencia de una concreta evaluación aplicable a los reiterados centros de trabajo de la Provincia de Palencia».

En fin, por su parte, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de enero de 2012**, IL J 449/2012, también versa sobre las infracciones en materia preventiva, en este caso sobre las conductas tipificadas en el art. 12.12.b) (incumplimiento del deber de elaborar un estudio de seguridad y salud) y 12.24.d) (incumplimiento de las obligaciones de coordinación de seguridad y salud en la fase de ejecución), si bien su interés resulta relativo, pues no sienta ningún criterio interpretativo específico, al margen de la aplicación de la norma al caso concreto.

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. PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
 3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA.
 - A) **Inexistencia de relación laboral.**
 - a) Consejero delegado.
 - b) Docente.
 - B) **Expedientes de regulación de empleo.**
 4. ACUMULACIÓN DE ACCIONES. DESPIDO Y RESOLUCIÓN *EX ART. 50 ET.*
 5. EXCEPCIONES.
 - A) **Inadecuación de procedimiento.**
 - B) **Prescripción.**
 - C) **Caducidad.**
 - D) **Falta de legitimación activa.**
 - E) **Cosa juzgada.**
 - F) **Litispendencia.**
 - G) **Falta de acción.**
 6. SENTENCIA. INCONGRUENCIA.
 7. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN.
 - A) **Reforma laboral 2012. Supresión de los salarios de tramitación e inexistencia de derecho transitorio.**
 - B) **Error excusable.**
 - C) **Prestación por desempleo.**
 - D) **Trabajo fijo-discontinuo.**
 8. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.
 - A) **Inexistencia de contradicción.**
 - B) **Existencia de contradicción.**
 9. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. CONCURSO DE ACREEDORES.
-

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 3, 4 y 5 del año 2012 de la *Revista Información Laboral*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA. PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La **STSJ de Andalucía de 3 de noviembre de 2011**, IL 294/2012, declara la competencia de la jurisdicción social. Se trataba en este caso de resolver la demanda formulada por un trabajador en materia de reclamación de derecho a ocupar el puesto de trabajo ofertado por su empleadora, una entidad pública empresarial, por tener éste la máxima puntuación entre los trabajadores incluidos en la bolsa de trabajo. La entidad empleadora es una empresa pública autonómica y el acuerdo de convocatoria impugnado fue un acto que no se realizó en ejercicio de potestades administrativas.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Inexistencia de relación laboral

a) *Consejero delegado*

La **STSJ de Madrid de 16 de enero de 2012**, IL J 416/2012, sostiene la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda que, en materia de despido, interpuso un directivo contratado formalmente bajo una relación laboral especial de alta dirección por cuanto, a su vez, ostentaba la posición de consejero delegado de la demandada. El TSJ considera que no hay relación laboral en el desempeño de las funciones del actor sino mero asesoramiento o consejo, determinando, en consecuencia, la incompetencia del orden social.

b) *Docente*

Sostiene la **STSJ de Galicia de 6 de febrero de 2012**, IL J 525/2012, la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda interpuesta por el actor. Éste era docente de cursos sobre diseño de páginas web en la Consejería de Trabajo y Bienestar de la Xunta de Galicia, y ambas partes habían suscrito un contrato de arrendamiento de servicios. El actor solicita que se declare el carácter laboral de la relación de existente y el TSJ considera que en el caso enjuiciado no concurren las notas de dependencia y ajenidad características de la relación laboral, calificando de mercantil dicha relación.

B) Expedientes de regulación de empleo

La **SAN de 3 de febrero de 2012**, IL J 233/2012, indica que la jurisdicción social no es competente cuando la pretensión contenida en la demanda se vincula con el contenido del

acuerdo alcanzado en el ERE previamente homologado por la Autoridad Laboral. En el supuesto de autos se impugna un acuerdo sobre modificación de las retribuciones adoptado en el marco de un ERE, por entender que su suscripción fue consecuencia de un abuso de derecho. La AN señala que el acuerdo alcanzado es un todo que forma parte indisoluble del ERE y vincula a la Autoridad Laboral que no apreció concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la adopción de aquel. Así, la impugnación del acuerdo del ERE corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo —al iniciarse el ERE en cuestión no estaba vigente la LRJS—. A su vez, la **STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2012**, IL J 554/2012, determina igualmente la incompetencia de la jurisdicción social en el procedimiento de reclamación de la nulidad o, subsidiariamente, de la improcedencia de la extinción del contrato de dos trabajadores afectados por un ERE aprobado con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS. Los actores formulan sus demandas sobre la base de un perjuicio económico producido, según alegan, por el cálculo de la compensación resultante sobre la base de un criterio de edad que podría calificarse, a su juicio, como discriminatorio. El TSJ considera que tal procedimiento requiere un análisis de la conformidad a derecho de la resolución administrativa a la que queda anexado el acuerdo en cuestión y que ello excedería del marco competencial del orden jurisdiccional social. Por último, la **STSJ de Asturias de 4 de noviembre de 2011**, IL J 305/2012, declara también la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la demanda interpuesta por los trabajadores afectados por un ERE, con el objetivo de garantizar el cumplimiento de las obligaciones económicas pactadas en el marco de un plan de prejubilación cuyos términos aparecen regulados en un acuerdo posterior a la resolución que aprobó el ERE. La Sala considera que no cabe subsumir el objeto de las pretensiones deducidas en la demanda en el ámbito competencial del orden social de la jurisdicción, y ello por cuanto las obligaciones cuyo cumplimiento se insta son mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, cuya causa no deriva ni de un contrato de trabajo ni de norma convencional alguna, así como tampoco de la resolución administrativa dictada en el marco del ERE.

4. ACUMULACIÓN DE ACCIONES. DESPIDO Y RESOLUCIÓN *EX ART. 50 ET*

La **STS de 27 de febrero de 2012**, Sala Cuarta, IL J 477/2012, estima que, si bien son acumulables la acción de impugnación de un despido disciplinario y la de extinción de la relación laboral a instancia del trabajador *ex art. 50 ET*, es posible el análisis autónomo de cada una de ellas y por tanto la fijación del orden a seguir en las respuestas a las acciones. El TS establece que el orden correcto para enjuiciar este tipo de situaciones es el cronológico. En este caso, declara que debe resolverse en primer lugar la procedencia de la indemnización *ex art. 50 ET*, porque cuando se produjeron los hechos justificantes del despido ya existían los incumplimientos empresariales que permitían al trabajador instar la resolución contractual indemnizada.

5. EXCEPCIONES

A) Inadecuación de procedimiento

El sindicato accionante interpuso demanda de conflicto colectivo contra un grupo de empresas para que se reconociera la antigüedad real a los trabajadores que habían pasado de

trabajar de una filial del grupo a otra. Las empresas demandadas excepcionaron inadecuación de procedimiento, razonando que la causa de pedir en este conflicto derivaba de una supuesta cesión ilegal de trabajadores, que no puede ser objeto de un procedimiento de conflicto colectivo al ser exigible la individualización de la situación de cada trabajador afectado. La **SAN de 11 de abril de 2012**, IL J 472/2012, desestima la excepción de inadecuación de procedimiento por entender adecuada la modalidad instada, al afectar el conflicto a un conjunto indiferenciado de trabajadores a quienes unifica un interés objetivo consistente en la presencia de un interés general, que es el que se reclama a través del conflicto. En el mismo sentido se pronuncia la **SAN de 8 de febrero de 2012**, IL J 234/2012.

B) Prescripción

En un procedimiento de conflicto colectivo en el que se pretende el reconocimiento de la antigüedad de unos trabajadores provenientes de otra filial de un grupo empresarial, la empresa demandada excepcionó la prescripción de la acción puesto que la incorporación de los trabajadores se había producido seis años antes, sin que éstos hubieran reaccionado de ningún modo. Asimismo, se reclamaban los bienios devengados hasta la fecha. La **SAN de 11 de abril de 2012**, IL J 472/2012, estima parcialmente la excepción de prescripción de la acción. Entiende la Sala que, si bien desde la incorporación a la empresa del colectivo afectado había transcurrido más de un año, los derechos de los trabajadores no prescriben mientras se mantenga viva la relación laboral, sin perjuicio de que prescriban las cantidades concretas que no se reclamen en tiempo hábil.

C) Caducidad

En un procedimiento por despido, la **STS de 20 diciembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 258/2012, estima que el cómputo del plazo de caducidad comienza a computarse desde la fecha en la que la empresa deniega al trabajador su reincorporación tras haber estado en situación de incapacidad temporal, y no desde el día en que éste firmó un recibo de saldo y finiquito por entender que dicho recibo no tiene carácter liberatorio. Unos días antes de solicitar su reincorporación, el trabajador, a petición de la empresa, firmó un finiquito en el que no constaba ningún concepto indemnizatorio. Como se había superado el periodo máximo en situación de incapacidad temporal y, por lo tanto, la empresa había cesado en la obligación de pago delegado y cotización, el trabajador pensó que la firma del finiquito era una mera regularización previa a su reincorporación. Debido a esto, el TS no otorga al recibo firmado carácter liberatorio y señala como fecha del despido el día en el que efectivamente se le denegó la reincorporación al trabajo. La **STS de 6 de marzo de 2012**, Sala Cuarta, IL J 510/2012, declara que una acción de despido no está caducada cuando, una vez presentada la demanda de despido en plazo contra el empleador que ha efectuado la extinción contractual impugnada, de las alegaciones resulta que pudiera ser también verdadero empleador un tercero no inicialmente demandado y contra quien se amplió la demanda transcurridos ya los veinte días hábiles desde el despido. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2011**, IL J 247/2012, modifica el criterio mantenido hasta la fecha por dicha Sala por razones de tutela judicial efectiva. Así, el TSJ considera que cuando el actor presentó la demanda por despido ante un Juzgado territorialmente incompetente, la

acción de despido había sido ejercitada. Por ello, el TSJ entiende que, desde la fecha de presentación de esa demanda, quedó suspendido el plazo de caducidad y, consiguientemente, cuando tuvo entrada la segunda demanda, esta vez, ante el órgano territorialmente competente, no habían transcurrido los 20 días hábiles para ejercitar la acción de despido.

D) Falta de legitimación activa

En un procedimiento de conflicto colectivo, la **STS de 26 de enero de 2012**, Sala Cuarta, IL J 211/2012, desestima el recurso de casación interpuesto por las asociaciones patronales contra la sentencia dictada por la AN que había anulado un artículo del convenio colectivo marco del sector. La AN entendió que las materias que se enumeraban en el artículo anulado no podían ser reservadas en exclusiva a un convenio de ámbito estatal, pudiendo ser objeto de negociación y mejora en ámbitos inferiores, incluido el de la empresa. El TS, al estudiar la legitimación de los firmantes del convenio marco, estableció que las asociaciones patronales recurrentes no tenían legitimación suficiente para negociar tal convenio, ni por lo tanto para recurrir, por carecer de la condición de asociaciones más representativas. En la **STS de 20 de marzo de 2012**, Sala Cuarta, IL J 334/2012, se establece que el sindicato accionante no tiene legitimación activa para plantear la demanda de conflicto colectivo cuando se ignora, por no haberlo acreditado, su nivel de implantación en el ámbito del conflicto y su número de afiliados. Por su parte, la **SAN de 16 de abril de 2012**, IL J 458/2012, estima parcialmente la excepción de falta de legitimación activa planteada en un procedimiento de conflicto colectivo por entender que, si bien es cierto que en este caso el sindicato demandante no ha probado su implantación en la empresa, sí tenía clara implantación a nivel sectorial y fue uno de los firmantes del convenio del sector; y como quiera que uno de los motivos del conflicto era la vulneración de las normas de concurrencia de convenios —en este caso, el convenio de empresa y el convenio sectorial—, resulta innegable su interés en el pleito.

E) Cosa juzgada

La **SAN de 5 de diciembre de 2011**, IL J 220/2012, en un procedimiento de conflicto colectivo derivado de otros ya resueltos mediante sentencia firme, desestima la excepción de cosa juzgada negativa alegada por los demandantes. La Sala entiende que los litigantes en ambos procedimientos no eran exactamente los mismos, no concurriendo, por tanto, la triple identidad exigida por la jurisprudencia para estimar la excepción desde su perspectiva negativa. Pese a ello, como los efectos de la cosa juzgada positiva no exigen una identidad tan completa, la AN estima que ésta sí concurre: los demandantes apoyan su pretensión en unos hechos que no se pueden considerar nuevos porque pudieron haber sido alegados y probados en el procedimiento anterior.

F) Litispendencia

En un procedimiento colectivo previo, a instancia de los mismos accionantes, la AN ya había anulado el convenio colectivo del que se deriva el conflicto actual. Como tal resolución no era todavía firme por estarse tramitando contra ella recurso de casación, la **SAN de 13**

de febrero de 2012, IL J 235/2012, acoge de oficio la excepción de litispendencia hasta la firmeza de la sentencia, ya que su contenido determinará la viabilidad de la pretensión de la parte actora en este segundo procedimiento.

G) Falta de acción

La **SAN de 8 de febrero de 2012**, IL J 234/2012, en un procedimiento de conflicto colectivo, estima la falta de acción alegada por la recurrente porque la controversia ya había sido sometida a arbitraje de equidad. Tras el procedimiento de arbitraje se dictó un laudo que resolvía el fondo del asunto y que es firme actualmente. La parte recurrida se opuso a la excepción de falta de acción porque el recurrente no había cumplido con el laudo. La SAN establece que el cumplimiento del laudo debe ser debatido en trámite de ejecución del laudo y que tal incumplimiento no habilita la recuperación de un precepto convencional que fue sustituido por la libre voluntad de quienes suscribieron el compromiso arbitral.

6. SENTENCIA. INCONGRUENCIA

En un procedimiento por despido interpuesto por el trabajador contra dos entidades, con fundamento en la existencia de una sucesión de empresa por cambio de contrata, la sentencia de instancia condena sólo a una de ellas por despido improcedente —a la cesionaria—, absolviendo a la cedente. La empresa condenada recurre en suplicación, mientras que el trabajador se aquieta a la sentencia de instancia y no plantea recurso alguno. En suplicación, el TSJ estima el recurso y absuelve a la recurrente al determinar que no hubo subrogación. Sin embargo, no condena a la empresa absuelta en la instancia, bajo el argumento de que el trabajador no recurrió contra el pronunciamiento absolutorio. El trabajador recurre la sentencia del TSJ en casación para la unificación de doctrina y la **STS de 14 de marzo de 2012**, Sala Cuarta, IL J 487/2012, estima el recurso de conformidad con el criterio de la Sala en sus sentencias de 12 de marzo de 1996 (rcud. 945/95), 6 de febrero de 1997 (rcud.1886/96), 13 de octubre de 1999 (rcud. 3001/98), 20 de diciembre de 1999 (rcud. 5049/98) y 24 de marzo de 2003 (rcud. 3516/01). Según el TS «(...) no es óbice para realizar un pronunciamiento de condena frente a una determinada empresa el hecho de que los trabajadores no recurrieran en su momento la absolución en la sentencia de instancia de dicha empresa (...)». Se aplica así la doctrina del TC contenida en la sentencia 200/1987, de 16 de diciembre: es contraria al artículo 24.1 CE la decisión del TSJ, pues implica una incongruencia omisiva ya que debió de pronunciarse sobre la condena de la codemandada.

7. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Reforma laboral 2012. Supresión de los salarios de tramitación e inexistencia de derecho transitorio

¿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? Esta cuestión es

relevante en el caso enjuiciado en la **STSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2012**, IL J 214/2012, pues de conformidad con la normativa anterior el trabajador tendría derecho a este concepto y no lo tendría conforme a la nueva norma, no existiendo en la reforma derecho transitorio que aclare esta situación. Declara el TSJ que, en aplicación del principio general de irretroactividad de las normas jurídicas (art. 2.3 CC) y de las restrictivas de derechos individuales que garantiza el art. 9.3 CE, habrá de aplicarse la norma anterior, toda vez que ello se compadece mejor, además, con el principio *tempus regit actum* y con lo dispuesto en la DT 2.^a del CC: los actos y contratos se regirán conforme a la normativa del tiempo en que se celebraron.

B) Error excusable

Siguiendo la doctrina establecida, entre otras, en las SSTs de 19 de junio de 2003, la **STS de 20 de diciembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 257/2012, declara que «(...) en la aplicación del art. 56.2 ET debe distinguirse entre la consignación insuficiente por error excusable y la consignación insuficiente por negligencia o error inexcusables (...) los datos que permiten calificar un error de consignación como excusable o no pueden variar de un supuesto a otro, y habrán de ser ponderados en cada caso (...)». Y en el supuesto analizado, no se duda de que concurren indicios de error excusable: (i) el error de cálculo no fue advertido por el propio trabajador en el momento de la firma del finiquito; (ii) la diferencia de cuantía es de escasa relevancia; y (iii) el error es explicable por cuanto se fundamenta en que la trabajadora trabajaba a tiempo parcial, habiendo comenzado a trabajar a tiempo completo dos semanas antes del despido. En consecuencia, se declara el no devengo de salarios de tramitación.

C) Prestación por desempleo

La total incompatibilidad de la prestación por desempleo con lo percibido en concepto de salarios de tramitación se analiza por la **STS de 17 de abril de 2012**, Sala Cuarta, IL J 461/212, a efectos de determinar a quién corresponde reintegrar esa prestación al SPEE, por cuanto ésta se entiende indebida por causa no imputable al trabajador. En el caso analizado, el despido se declaró nulo y una vez la sentencia de instancia adquirió firmeza, el Juzgado *a quo* puso a disposición del trabajador la cantidad consignada por la empresa para recurrir, por lo que aquel percibió tanto los salarios como la prestación. Por ello, en este supuesto, la empresa devino incapaz de deducir del abono de los salarios de tramitación la cantidad correspondiente a la prestación a efectos de reintegrarla, tal y como establece la LGSS. En consecuencia, «(...) si como ocurre en este caso concreto la empresa no puede llevar a cabo esa forma de devolución, puesto que fue el Juzgado el que procedió a la entrega directa de la cantidad consignada como salarios de tramitación, la devolución de las prestaciones no podía llevarse a cabo en la forma prevista en la norma (...)». El por ello que el TS concluye que será el trabajador y no la empleadora, la obligada a la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas.

D) Trabajo fijo-discontinuo

La **STSJ de Andalucía de 16 de febrero de 2012**, I.L. J 548/2012, declara el derecho de un trabajador fijo-discontinuo al percibo de salarios de tramitación, al declararse su des-

pido improcedente. Se fundamenta esta sentencia por analogía en la doctrina del devengo de salarios de tramitación en contratos temporales —estos se devengarán hasta el día de finalización del contrato, de ser la notificación de la sentencia posterior a dicha fecha—. Así, razona el TSJ que estos contratos, aun cuando indefinidos «(...) tienen una duración periódico-temporal que conlleva su finalización cuando termina la temporada, la actividad cíclica o discontinua que los motiva (...)», por lo que los salarios de tramitación se habrán devengado respecto de ese periodo.

8. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Inexistencia de contradicción

La **STS de 12 de marzo de 2012**, Sala Cuarta, IL J 466/2012, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina al apreciar falta de contradicción. Este recurso trae causa de una demanda de conflicto colectivo contra un artículo del convenio colectivo de hostelería para la provincia de Santa Cruz de Tenerife; dicha disposición autorizaba a la empresa y a los representantes de los trabajadores a acordar la transformación de contratos de trabajo indefinidos ordinarios en contratos de trabajo fijos discontinuos, si se daban circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción que así lo aconsejaran. Dicho artículo fue declarado nulo por la sentencia de instancia, que fue confirmada en suplicación. La sentencia de contraste propuesta por la recurrente validó un pacto por el que una empresa y los representantes de los trabajadores acordaron la transformación de una serie de contratos de trabajo temporales en contratos indefinidos, bajo el condicionante de una posible reducción de jornada si las circunstancias económicas la hacían necesaria. Entiende la Sala Cuarta que no concurre la identidad esencial entre la sentencia recurrida y la de contraste porque son distintos los hechos y los fundamentos de las pretensiones. El TS argumenta que no es lo mismo una reducción de jornada que la conversión de un contrato indefinido en un contrato de los llamados fijos discontinuos. Por más que la figura del contrato a tiempo parcial sea similar a la del contrato fijo discontinuo, no dejan de ser dos instituciones jurídicas diferentes.

B) Existencia de contradicción

Aunque se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa, la **STS de 30 de enero de 2012**, Sala Cuarta, IL J 276/2012, aprecia la contradicción necesaria entre la sentencia recurrida y la aportada de contraste. El objeto del pleito se centraba en esclarecer si existía responsabilidad empresarial por la muerte de un trabajador que había estado expuesto durante varios años al amianto. Aunque la sentencia que resuelve el recurso reconoce que existen diferencias entre los hechos de la sentencia recurrida y la de contraste, considera que lo relevante consiste en la existencia de una misma situación de fondo, más allá de una igualdad absoluta en el supuesto de hecho. Entre la sentencia recurrida y la de contraste existen diferencias sustanciales en cuanto al nivel de exposición al amianto en uno y otro caso, así como en cuanto a la inscripción en un registro público que evidencia la actividad en relación con el amianto en un caso, y

no en el otro. Sin embargo, el TS considera que la situación de fondo es esencialmente la misma: la existencia, declarada y no discutida, de una enfermedad profesional relacionada con la exposición al amianto, la no acreditación por parte de la empresa de la adopción de las medidas de seguridad exigibles y la controversia en cuanto a la carga de la prueba de la existencia de dichas medidas. En este caso, la sentencia recurrida, en cuanto a la carga de la prueba, estima que dicha carga corresponde a la empresa demandada, mientras que la sentencia de contraste consideró que correspondía a la demandante. El TS, desestimando el recurso, considera que la carga de la prueba era de la empresa.

9. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. CONCURSO DE ACREEDORES

En la **STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2012**, IL J 545/2012, se analiza la procedencia de la ejecución de una sentencia en la vía social cuando la empresa ejecutada se encuentra en concurso de acreedores. La mencionada sentencia recuerda que el artículo 55.1 de la Ley Concursal no veta las ejecuciones en vía social si el embargo de bienes de la ejecutada hubiera sido acordado con anterioridad a la declaración de concurso, a no ser que dichos bienes embargados fueran necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la concursada. Bajo esa premisa, el TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la concursada, considerando procedente la ejecución en la vía social por cuanto (i) los embargos fueron acordados con anterioridad a la declaración de concurso; (ii) la recurrente no consiguió acreditar que los bienes objeto de embargo (vehículos) fueran necesarios para la continuidad de su actividad; y (iii) tampoco acreditó la existencia actividad alguna en la empresa.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
CARLOS MARTÍNEZ CEBRIÁN
GLORIA RAICH
MARÍA ROYO CODESAL

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.
 - A) **Exoneración de responsabilidad.**
 - B) **Responsabilidad empresarial por exposición al amianto.**
 - C) **Cuantía indemnizatoria: interés de demora.**
2. EL RECARGO DE PRESTACIONES.
 - A) **Responsabilidad solidaria.**
 - a) Empresa principal.
 - b) Coordinación de actividades preventivas.
 - B) **Culpa de la víctima.**
 - C) **Relación de causalidad. Causa eficiente: intervención de tercero.**
 - D) **Prescripción: *dies a quo*.**
 - E) **Incidencia de sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el orden social.**
 - F) **Estrés térmico al calor por exposición solar.**
 - G) **Amianto.**
3. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.
 - A) **Sujeto infractor: promotor.**
 - B) **Evaluación de riesgos laborales.**
 - C) **Protección de la maternidad y trabajo a turnos.**
4. RESPONSABILIDAD PENAL POR INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.
5. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE EMPRESARIO, FABRICANTE, SUMINISTRADOR POR EQUIPO DE TRABAJO DEFECTUOSO.
6. LUGARES DE TRABAJO.
 - A) **Locales adecuados destinados a comedores.**

7. RUIDO: COMPLEMENTO POR PENOSIDAD.
 8. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA.
 9. RIESGOS PSICOSOCIALES.
 - A) Acoso laboral.
 - B) Acoso en la función pública: persistencia en el tiempo del hostigamiento.
 - C) Suicidio por incumplimiento de medidas de seguridad.
 10. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.
 - A) Plan de Prevención de Riesgos Laborales para la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León: Nulidad.
 11. VIGILANCIA DE LA SALUD: EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR IMPOSIBILIDAD DE ADAPTACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO.
 12. DELEGADOS DE PREVENCIÓN.
 - A) Designación sindical.
 13. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO EMPRESARIAL DE MEDIDAS PREVENTIVAS.
-

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica jurisprudencial se ofrece una referencia de las sentencias de especial interés relativas a la seguridad y salud laboral, publicadas en la *Revista de Información Laboral* (edición digital), números 3 a 6 de 2012.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A) Exoneración de responsabilidad

Acogiendo la doctrina del TS, la **STSJ de Andalucía de 22 de diciembre de 2011** (ILJ 251/2012) estima la falta de responsabilidad empresarial cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario. En el supuesto enjuiciado la responsabilidad del fallecimiento del trabajador sepultado por un muro de carga corresponde a un tercero: «propietario de la edificación, que construyó el muro sin los preceptivos estudios técnicos previos, sin que solicitara la correspondiente licencia de edificación, sin la cimentación adecuada, utilizando materiales diversos y no adecuados para servir de muro de contención».

La causa del accidente, la caída del andamio provocada por un mareo imprevisible del trabajador en el momento en que desenganchó el arnés de seguridad para engancharlo en otro punto del andamio, que disponía de las medidas de seguridad adecuadas, constituye, según la **STSJ de Andalucía de 19 de enero de 2012** (IL J 382/2012), un supuesto de caso fortuito que exonera de responsabilidad al empresario.

B) Responsabilidad empresarial por exposición al amianto

Uno de los problemas que plantea la utilización de determinados productos nuevos introducidos en el proceso productivo es el desconocimiento de sus efectos sobre la salud de los trabajadores y la inicial falta de medidas legales y de seguridad para prohibir, limitar o minimizar su efectos sobre la salud de los trabajadores. Los problemas derivados de la exposición al amianto y sus efectos sobre la salud son en la actualidad de sobra conocidos —aunque no cuando comenzó a utilizarse— y jurídicamente se plantea el problema de la ausencia de prueba sobre la adopción de medidas de seguridad exigibles en épocas y actividades en las que no existen normas reglamentarias que justifican el incumplimiento y abren paso a la responsabilidad empresarial. Las **SSTS de 30 de enero de 2012** (IL J 276/2012), **1 de febrero de 2012** (IL J 277/2012), **14 de febrero de 2012** (IL J 343/2012) y **18 de abril de 2012** (IL J 476/2012), recogiendo la doctrina reciente contenida en las sentencias de 16 y 24 de enero de 2012 y de 18 de mayo de 2011, vienen a analizar la normativa desde 1940 a 1982 para concluir la existencia de reglas específicas preventivas aplicables con distinto alcance, que se amplía a otros instrumentos normativos hasta 1993 en la STS de 14 de febrero de 2012. Lo más significativo de estas sentencias es que entroncan con el cambio doctrinal contenido en la STS de 30 de junio de 2010, que existiendo una normativa que obliga a adoptar medidas preventivas exige del empresario la acreditación de su cumplimiento: «la responsabilidad derivada de un incumplimiento de las normas de seguridad sólo puede ser enervada por éste demostrando que actuó con la debida diligencia, mas allá incluso de las meras exigencias reglamentarias, quedando exento de responsabilidad tan solo cuando el resultado lesivo se hubiera producido por caso fortuito o fuerza mayor conforme a lo previsto en el art. 1105 del Código Civil», doctrina que, como ponen de relieve las dos primeras sentencias comentadas, tiene su reflejo en el art. 96.2 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social.

C) Cuantía indemnizatoria: interés de demora

En relación con la aplicación de la indemnización por demora, la **STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2012** (IL J 402/2012) considera que para la imposición de oficio por el órgano judicial, siempre que transcurran dos años desde la producción del siniestro, y siendo el interés anual no inferior al 20%, tal como prevé la Ley de Contratos de Seguros, es necesario que la obligación a cargo del responsable haya nacido y su cuantía esté determinada. Lo que «implica que la imposición de tal recargo por mora está supeditado a que la cuestión sometida a enjuiciamiento deba o no considerarse litigiosa y de la solución entera o no enteramente clara a primera vista, lo que sólo a través de la sentencia judicial puede determinarse», de modo que no se incurre en mora hasta que se dicta la sentencia de instancia. También rechaza la Sala la declaración por la sentencia

de instancia de la imposición del recargo del 10% con fundamento en el artículo 29.3 LET, ya que «no nos encontramos ante una partida salarial, sino ante una indemnización por daños y perjuicios, de naturaleza jurídica distinta, por lo que no es de aplicación el 10% de mora imputado en la sentencia de instancia. Para que se aplique dicho recargo, la deuda ha de afectar exclusivamente a cantidades salariales, y no a otras percepciones tales como indemnizaciones». Criterio que también sigue la **STSJ de Galicia de 16 de abril de 2012** (IL J 749/2012).

2. EL RECARGO DE PRESTACIONES

A) Responsabilidad solidaria

a) *Empresa principal*

La responsabilidad directa que tiene el empresario para con sus trabajadores por el cumplimiento en la ejecución de sus obligaciones en materia preventiva no justifica la inimputabilidad de la empresa principal. La **STS de 20 de marzo de 2012** (IL J 496/2012) aborda la responsabilidad solidaria por recargo de prestaciones en un supuesto de contrata y subcontratas de obras referidas a la propia actividad en el que el trabajador no recibió formación e información preventiva previa a cargo de su empresario. La sentencia de suplicación recurrida entiende que la falta de formación no era imputable a la empresa principal, por lo que la exoneraba de la responsabilidad del recargo de prestaciones. La STS reprocha la argumentación y señala que «la existencia de una situación de subcontratación establece deberes de prevención para la empresa principal de características y alcance análogos a los de la empleadora directa del trabajador [recuérdese que el mandato del art. 24 se reproduce en el art. 11.1 c) del Real Decreto 1627/1991, sobre Disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción]. De ahí que también para aquella la formación e información del trabajador en materia de riesgos constituye una exigencia previa, para cuya exoneración no resulta suficiente la mera diferenciación de vínculo jurídico con el trabajador de que se trate». Pues para que la responsabilidad recaiga sólo sobre la empresa contratista exige «percibir una distinta participación de la empresa principal en la conformación del sustrato preventivo legalmente exigible. La exoneración de ésta hacía preciso que, pese a haber adoptado por su parte las medidas necesarias en cuestión, solo la actuación de la empresa contratista constituyera la causa de la ineficacia de aquellas medidas».

También se declara la responsabilidad solidaria del empresario principal en los supuestos que la actividad contratada no está referida a su propia actividad. En efecto, en la **STSJ de Cataluña de 20 de marzo de 2012** (IL J 735/2012) se declara la responsabilidad solidaria de la empresa principal por «el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene, lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control».

b) Coordinación de actividades preventivas

La **STSJ de Aragón de 14 de febrero de 2012** (IL J 392/2012) aborda la responsabilidad solidaria en el recargo de prestaciones derivada de una defectuosa coordinación de actividades preventivas en una obra de construcción. La sentencia parte de la prevalencia aplicativa del RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, frente al RD 171/2004 «según queda explícito en la disposición adicional 1.ª de este último». Son relevantes a efectos de la extensión de la declaración de responsabilidad, además de la inicial responsabilidad de la contratista y la subcontratista de la obra por una inadecuada ejecución de las tareas, a la promotora de la obra, de un lado, por «la ausencia de una debida labor de coordinación», pues aun cuando designó a un coordinador de seguridad no había visitado la obra nueve días después de su comienzo —y sin perjuicio de su responsabilidad frente al promotor que lo contrató—, porque la designación no lo exime de sus responsabilidades, y, de otro, a la empresa suministradora de hormigón por «la decisiva contribución causal del defecto apuntado al resultado acaecido», ya que «el alcance del camión-hormigonera a la estructura y consiguiente caída de éste se produce, junto con las omisiones del plan de seguridad ya reseñadas, por el inadecuado acoplamiento y coordinación funcional entre el trabajador de la recurrente, que dirigía los desplazamientos del vehículo dentro del reducido espacio en que éste maniobraba, y la conducción desde la cabina por parte del trabajador de “Hormigones Cabello, S.A.”, al que el hecho de verse dirigido no excusaba de la necesaria comprobación de la viabilidad de la maniobra para las dimensiones del camión, que debían ser de sobra conocidas para él», argumento que se refuerza en la sentencia respecto de la responsabilidad de la empresa suministradora, excluida del ámbito de aplicación de la Ley 32/2006, al señalar que «la actividad no se reduce a ese mero suministro, según ha quedado dicho, sino que abarca también operaciones de colaboración y de circulación por el conjunto de la obra que se llevaron a cabo sin el debido cuidado».

B) Culpa de la víctima

La **STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2012** (IL J 435/2012) enjuicia la conducta del propio trabajador en la causación del accidente, en síntesis, al manipular una máquina sin un resguardo y sin haber accionado previamente la parada total de la máquina provocándole el accidente, y el reproche efectuado por la empresa, que le imputa la omisión de las normas exigibles en materia preventiva, en particular por su propia condición de delegado de prevención. Respecto de la condición de delegado de prevención del trabajador, la sentencia señala que no modifica el incumplimiento empresarial por la falta del resguardo ni la imprudencia del trabajador, ya que su «cargo, en relación con las normas invocadas, permitiría suponer un mejor conocimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, es un representante de los trabajadores (artículo 35.1 de la LPRL) y no de la empresa, por lo que su responsabilidad es ante aquéllos y no ésta. Además, en el caso, su particular conocimiento concreto en la materia, es decir, referido a la propia empresa, no podía ser muy amplio, pues sólo había recibido dos sesiones formativas presenciales y un curso de nivel básico en prevención de riesgos laborales de 30 horas, más la entrega de documentación escrita sobre el contenido genérico de la prevención de riesgos y la información del plan de emergencia». Califica la resolución judicial que la imprudencia

del trabajador «no alcanza el grado de temeraria» y la concurrencia en la producción del accidente de dos causas «las antedichas infracción del empresario y negligencia del trabajador; sin que ninguna de las dos haya tenido una eficacia de tal orden que haya llegado a neutralizar a la otra» determina la solución correcta de moderar la responsabilidad.

También en la **STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2012** (IL J 729/2012) se alega por la recurrente la condición de delegado de prevención del trabajador para exonerar su responsabilidad por ruptura del nexo causal o, en su caso, para reducir la cuantía del recargo por concurrencia de culpas. Al respecto la sentencia imputa el incumplimiento empresarial por falta de evaluación de riesgos e incumplimiento en la formación e información específica, y la formación específica como Delegado de Prevención no le impide a la sala llegar a tal conclusión por dos razones: una, «pues la formación específica lo es sólo a nivel básico», y dos, por la función que tiene encomendada «debe ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales» y las facultades reconocidas a tal ejercicio, sin que ello exonere del cumplimiento de su deber preventivo al empresario por aplicación del art. 14 LPRL.

La imprudencia profesional del trabajador en concurrencia con los incumplimientos empresariales es tomada en consideración por la **STSJ de Andalucía de 22 de marzo de 2012** (IL J 738/2012) para modular la cuantía del recargo. Se considera imprudencia profesional la conducta del trabajador lesionado que, para dirigirse a la planta baja para continuar su trabajo, hizo uso de una escalera de mano de aluminio de tres cuerpos, al no poder utilizar el acceso colocado para salvar la altura por estar en ese momento obstruido, resbaló y cayó al suelo. La sentencia deduce que «adoptó el trabajador lesionado una medida coyuntural de forma precipitada ante un obstáculo que parecía transitorio, decisión personal que debió tomar con un mínimo de diligencia y prudencia, propia y necesaria desarrollable en todo marco productivo. Esta actitud revela una clara imprudencia profesional del trabajador, ocasionando un concurso de responsabilidades».

C) Relación de causalidad. Causa eficiente: intervención de tercero

La relación de causalidad entre el incumplimiento de medidas de prevención y el accidente de trabajo constituye uno de los requisitos exigidos para la correcta aplicación del recargo de prestaciones. La **STSJ de Galicia de 28 de marzo de 2012** (IL J 746/2012) enjuicia el accidente de una trabajadora que presta sus servicios en una gasolinera. Los hechos de los que se parte son: «tras suministrar combustible a una cliente y cobrarle, se dirigió a la arqueta de uno de los tanques de combustible de la estación de servicio situada a unos 9 metros del surtidor, en el centro de la zona de paso de vehículos entre los surtidores y la zona de tiendas y oficinas. Una vez estuvo junto a la arqueta se agachó para cerrar la tapa del registro que acababa de medir instantes anteriores, y antes de llegar a incorporarse, fue atropellada por el vehículo conducido por la cliente a la que previamente había suministrado el combustible, que la derribó y arrolló, pasando por encima de la atropellada con las ruedas, a consecuencia de lo cual la trabajadora sufrió graves lesiones en cadera y piernas» y, además «En el momento en que se produjo el accidente la trabajadora llevaba puesta ropa de trabajo reflectante; en la evaluación de riesgos de la empresa no se contemplaban la actividad concreta de medición y calibración de las arquetas de los tanques de combustibles». Aun cuando la imputación del INSS para la imposición del recargo se basa

en la falta de evaluación de riesgos para la tarea de medición y calibración de las arquetas de los tanques de combustible que los trabajadores de la gasolinera realizan diariamente, la resolución judicial considera que no existe una adecuada relación causal y sí un suceso ajeno a la conducta empresarial, ya que «faltaría en todo caso la imprescindible relación de causalidad entre la infracción y el accidente, y ello por cuanto que la causa eficiente del accidente fue el proceder de la conductora del vehículo que derribó y arrolló con las cuatro ruedas, pese a que la trabajadora llevaba puesta ropa reflectante y a que la distancia entre la zona de repostaje y el lugar del atropello (unos 9 metros) (o 4,80 según el atestado) le permitía visualizarla sin problemas aunque estuviese agachada».

D) Prescripción: *dies a quo*

El plazo de prescripción tanto para que los beneficiarios exijan la imposición del recargo como para que la Entidad Gestora lo imponga es de 5 años según establece el art. 43 LGSS, criterio seguido por la **STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2012** (IL J 713/2012), que recuerda el origen de esta institución: «beneficiar a la seguridad jurídica y la certidumbre, en perjuicio del ejercicio tardío de los derechos», y su carácter restrictivo, propugnando «una interpretación amplia y flexible de las causas que determinan la interrupción del plazo prescriptivo». A efectos de fijar el inicio del cómputo rechaza el criterio de la recurrente, que lo establece en la fecha del accidente, y establece que es «la fecha en que se conocen las secuelas finales que le restan al accidentado, lo que necesariamente ha de hacerse coincidir, como hace la sentencia de instancia, con el reconocimiento de la prestación de IP, lo cual tiene lugar el día 3 de julio de 2001, dictándose la resolución administrativa en el que se impone a la recurrente el recargo de prestaciones el día 10 de marzo de 2006, esto es, dentro del plazo de los cinco años». Prescripción que, además, se beneficia de la suspensión «durante toda la tramitación del expediente administrativo» entre la incoación del expediente y la notificación expresa, por lo que, a efectos hipotéticos, tampoco habría prescrito si se toma la fecha del accidente como *dies a quo*.

E) Incidencia de sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el orden social

Uno de los problemas que se han planteado en la jurisprudencia, incluida la constitucional, es el relativo a la diferente atribución competencial entre jurisdicciones de la impugnación de las sanciones en materia de prevención de riesgos laborales ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de un lado, y la impugnación judicial del recargo de prestaciones ante la social, de otro. En particular, la vinculación de los hechos probados sobre la existencia de infracción o no a la normativa de prevención de riesgos laborales en una sentencia firme de lo contencioso en el proceso social y la incidencia que puede tener la sentencia cuando anule la sanción impuesta por la Autoridad laboral. Problemática que aparentemente queda solucionada al unificarse en la jurisdicción social el conocimiento de ambas materias por la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pero al imposibilitarse la acumulación de la impugnación de la sanción con la de recargo de prestaciones, la solución dada por la legislación procesal laboral consiste en una regla de reparto que atribuye al mismo Juzgado de lo Social el conocimiento de ambas, pero en el supuesto de que caigan en Juzga-

dos distintos el problema subsistiría. No obstante, la **STS de 13 de marzo de 2012** (IL J 484/2012), ante el recurso planteado, cuya motivación se basa en la infracción del art. 45.2 LISOS y 123 LGSS con la siguiente alegación: «si este orden ha resuelto de una manera firme que no existe infracción alguna no puede imponerse en el orden social el recargo de prestaciones económicas en base a que hubo tal infracción que en el mundo jurídico ya era inexistente y, por ello, no susceptible de originar efecto alguno», viene a dar respuesta a la siguiente cuestión: «si la sentencia firme del orden contencioso-administrativo debe aplicarse de forma automática y en todo caso vinculante en el orden social o, si por el contrario, es posible separarse de ella razonándolo suficientemente».

El TS, fiel a la 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», concluye «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 suma, unificada la competencia jurisdiccional, tanto si conoce un sólo órgano judicial como si son dos diferentes, la aplicación de esta doctrina puede dar lugar a que pueda imponerse el recargo de prestaciones en el caso de que sea anulada y revocada la sanción administrativa si el órgano juzgador aprecia una distinta motivación y valoración de los hechos que lleven a una conclusión contraria.

F) Estrés térmico al calor por exposición solar

Un supuesto de fallecimiento por estrés térmico al calor por exposición solar es resuelto por la **STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2012** (IL J 532/2012). Durante las tareas de recogida para finalizar la jornada en una obra de construcción, el trabajador accidentado se empezó a encontrar mal, con pérdida de conocimiento y, tras su traslado al centro hospitalario «falleció a consecuencia de una parada cardiorrespiratoria producida por una hipertermia por golpe de calor». El trabajador estuvo realizando su trabajo a la intemperie con una temperatura máxima de 41,6 grados a las 14:50 horas, de 40 a las 13 horas y a las 18 horas de 38 grados.

La empresa recurrente alega infracción del art. 123 LGSS porque exige culpa y «de los hechos no se puede deducir ninguna relación de causalidad entre el trabajo y el fallecimiento, ninguna infracción de medidas de seguridad, y ninguna culpabilidad en la empresa recurrente». La sentencia, en cambio, le imputa a la empresa un incumplimiento de medidas preventivas porque «no se tomó ninguna medida que evitara la exposición al sol en una época en la que había una ola de calor en el lugar de trabajo» y la empresa, además, incumplió lo dispuesto en el Anexo IV del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por

el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción relativas a la carga térmica y la exposición a las inclemencias atmosféricas.

G) Amianto

La doctrina del TS iniciada con la sentencia de 18 de mayo de 2011 y confirmada por otras (de 16, 24 y 30 de enero de 2012, 1 y 14 de febrero de 2012 o 18 de abril de 2012, algunas objeto de esta reseña) en materia de responsabilidad por incumplimientos de medidas preventivas contra el amianto, tiene su reflejo en la **STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2012** (IL J 723/2012) a efectos de la imposición del recargo de prestaciones e imputar como incumplimientos empresariales la falta de «evaluación, control y medición del ambiente en el trabajo y sobre concentraciones máximas permitidas de fibras de amianto en los ambientes de trabajo» hasta 1974, y no consta otra evaluación más, como que tampoco «se adoptaran medidas de seguridad específicas frente a la exposición al amianto, pues, a pesar de existir un riesgo cierto de enfermedad profesional, es en 1979 cuando se dispone de protecciones personales, las cuales no estaban homologadas» y sólo se utilizaban en una sola sección de la empresa y para trabajos determinados, y, por último, se imputa a la empresa un incumplimiento de la vigilancia de la salud ya que «Los primeros reconocimientos médicos específicos de amianto de los que hay constancia se produjeron en 1983 y para los trabajadores de molienda y cilindrerros, sin constatación de información ninguna ni expediente médico del trabajador fallecido objeto de este recargo», siendo obligatorios desde 1961. Dada la relación de causalidad de estos incumplimientos y la enfermedad incapacitante, derivada de enfermedad profesional y compatible con asbestosis, y la no acreditación por la empresa toda la diligencia exigible, la sentencia concluye la validez del recargo de la pensión de viudedad administrativamente declarada como derivada de enfermedad profesional.

3. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A) Sujeto infractor: promotor

La promoción de una obra por un ayuntamiento y su carácter de actuación municipal no impiden considerar promotor a efectos de la responsabilidad por incumplimiento de medidas preventivas al SEPES, que actúa como entidad colaboradora y financiadora de la obra y encargada de la ejecución. La **STSJ (Sala de lo Contencioso) de Castilla-La Mancha de 30 de enero de 2012** (IL J 449/2012) entiende que, al corresponderle a la Entidad Pública Empresarial del Suelo, SEPES, la ejecución de la actuación de la urbanización de preparación del suelo, contratar la ejecución de la obra de urbanización con la empresa contratista y la realización de los trabajos de coordinador de seguridad con otra empresa, «asumió la condición de promotor de la obra ya que efectuó la contratación de la obra, que por tanto se efectuó por su cuenta, y adjudicó la Dirección Facultativa y la Coordinación en materia de seguridad y salud, durante la elaboración del proyecto de obra y durante la ejecución de la misma», condición que asumió, además, en el propio recurso de alzada interpuesto frente a la resolución sancionadora.

Condición que la hace responsable de la deficiente elaboración del estudio de seguridad, al no localizar e identificar las zonas en las que se prestarían trabajos que requieren montar elementos prefabricados pesados, trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y salud de los trabajadores [Anexo II (punto10) RD 1627/1997], ni establecer las correspondientes medidas preventivas o las de vigilancia, control y dirección de los trabajos por recursos preventivos. Así como los incumplimientos del coordinador en la fase de ejecución: «que pese a las carencias del Plan de Seguridad y Salud en el trabajo de la obra elaborado por la empresa contratista Aldesa SA, el Plan fue aprobado sin reparos por el Coordinador de Seguridad, que el Estudio de Seguridad y Salud elaborado por la entidad promotora omitió también la consideración preventiva de los trabajos causantes del accidente y que visitada la obra por el Coordinador de Seguridad y Salud en fase de ejecución, designado por la entidad promotora, el día 17 de julio de 2008, víspera del accidente, no emitió instrucción alguna en relación con las condiciones de ejecución de dichos trabajos, siendo estos los hechos definidos en la norma», incumpliendo las obligaciones contenidas en los apartados b) a e) del art. 9 del RD 1627/1997.

B) Evaluación de riesgos laborales

El recurso de apelación resuelto por la **STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso de Valladolid) de 10 de mayo 2011** (IL J 646/2012) se interpone contra la sentencia de instancia que trae causa de la sanción impuesta a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos por la no realización de la evaluación de riesgos en la oficina principal de Palencia. Frente a la alegación de la empresa sancionada de que «debe efectuar una evaluación general de riesgos, respecto a todo su ámbito de actuación, sin que sea escindible una evaluación respecto de cada uno de los centros de trabajo exigible» en interpretación del art. 16 LPRL, la sentencia considera que, pese a su ámbito nacional, no queda exonerada de la realización de la evaluación de riesgos para cada uno de sus centros de trabajo; no obstante, se razona en la resolución judicial «que de haberse acreditado la existencia de la evaluación a un nivel general, respecto a todo el ámbito de actuación de la Sociedad estatal, que fuera asimismo aplicable a los centros objeto de la inspección, quedaría cumplimentada la exigencia de efectuar dicha evaluación, mas la mera referencia a una evaluación inicial y general no exonera de su concreta aplicación, sea cual fuere el ámbito territorial, a los centros de trabajo en que la Administración laboral ha considerado que no se ha formulado la evaluación en los acuerdos recurridos».

C) Protección de la maternidad y trabajo a turnos

La realización de su actividad laboral a turnos por una trabajadora embarazada es objeto de sanción por considerar la Administración laboral que la normativa preventiva excluye el trabajo a turnos y porque dicha actividad exige un análisis inicial de riesgos y la planificación correspondiente que justifique que su trabajo no implica riesgos para su salud, circunstancias que la empresa no ha acreditado, así como el acta del Comité Intercentros de seguridad y salud para las áreas de Comercio y Hostelería, que considera que el desarrollo del trabajo en tales condiciones entraña riesgos para la trabajadora embarazada. La **STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso) de 10 de junio de 2011** (IL J 647/2012) resuelve

la apelación de la Administración laboral y considera, sin embargo, que para apreciar la infracción de la norma preventiva «no basta con que una trabajadora embarazada realice trabajo nocturno o a turnos, sino que además es necesario que en la evaluación de riesgos que el empresario debe realizar, el concreto trabajo que realice la embarazada suponga un riesgo para su seguridad o salud o para la del feto, en cuyo caso aquel debe adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, entre las que figuran, en caso necesario, la no realización de trabajo nocturno o a turnos». Y desestima la apelación porque «correspondía al Acta de infracción no sólo acreditar que una trabajadora embarazada trabajaba a turnos o en horario nocturno, sino también que en la correspondiente evaluación de riesgos ese trabajo concreto —en este caso de Ayudante de Cocina— suponía un riesgo para la seguridad y salud de la trabajadora o el feto, lo que pasaba necesariamente por que el Inspector de Trabajo y Seguridad Social hubiese requerido a la empresa la referida evaluación de riesgos a fin de comprobar si ese concreto trabajo de Ayudante de Cocina, estaba evaluado como de riesgo, no pudiendo presumirse esa circunstancia por impedirlo el precepto reseñado, y es el caso que el Acta de infracción no hace mención, ni directa ni indirecta, al requerimiento de aquella evaluación de riesgos y a su contenido».

4. RESPONSABILIDAD PENAL POR INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La **SAP de Murcia de 23 de enero de 2012** (IL J 218/2912) viene a reforzar el deber de garante del deudor de seguridad cuando está presente en el momento del accidente sin que pueda exonerarse de su culpabilidad: «pues estando él presente en dicha obra pudo dar las órdenes oportunas para que dichos trabajadores adoptaran las medidas de seguridad precisas y si éstos no las adoptaron sólo se puede achacar bien a la falta de órdenes al respecto bien a la mera condescendencia o desidia culpable del empresario con esa posible decisión de sus trabajadores, pues recordemos dicho responsable principal de la obra allí presente tenía un papel de garante en la seguridad de sus empleados. Si se produjo el resultado reseñado es porque ni dispuso de la utilización de las medidas de seguridad necesarias en el caso concreto ni adoptó las medidas oportunas, pudiendo haberlo hecho, tendentes a evitar dicho accidente que supuso una doble infracción grave de la normativa sobre prevención de riesgos laborales».

5. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE EMPRESARIO, FABRICANTE, SUMINISTRADOR POR EQUIPO DE TRABAJO DEFECTUOSO

La **STSJ de Asturias de 27 de enero de 2012** (IL J 445/2012) resuelve en suplicación la responsabilidad por daños y perjuicios derivada de un accidente que se produjo por caída desde la techumbre de una vivienda en construcción, como consecuencia del manejo de un equipo de trabajo, maquinillo o elevador de obra, y la ruptura de la soldadura de uno de los tirantes del trípode por una mala soldadura en el proceso de fabricación, precipitándose al vacío con la carga y arrastrando consigo al trabajador, que falleció. Junto al empresario y su aseguradora, son demandados el fabricante, la distribuidora y el proveedor del equipo de

trabajo por los daños y perjuicios sufridos, demanda que fue desestimada por la sentencia de instancia.

La Sala pone de relieve las obligaciones empresariales en la adquisición de los equipos de trabajo y «atribuye la responsabilidad al empresario adquirente del producto y empleador del trabajador que ha de utilizarlo, de acuerdo con la deuda de seguridad que le impone el art. 14 LPRL, de la existencia de defectos en los elementos procedentes de terceros ajenos a la relación de trabajo e integrados en el medio laboral que produzcan o sean susceptibles de producir daños a los trabajadores (...) su responsabilidad nace de la decisión de integración de esos elementos en el medio laboral, es decir, es responsable de los elementos procedentes de terceros ajenos a la relación de trabajo e integración medio laboral que produzcan o sean susceptibles de producir daños a los trabajadores, y esa responsabilidad nace tanto cuando los defectos de esos elementos sean causados por el fabricante, importador o suministrador, como cuando los defectos sean causados por el propio empresario al instalarlos, al manejarlos o al utilizarlos indebidamente». Es decir, la responsabilidad empresarial por los defectos en el producto o equipo de trabajo se hace depender de su integración en el proceso productivo.

También se aborda la responsabilidad de fabricante y suministradores bajo las siguientes premisas. Se parte, en primer lugar, del art. 41 LPRL para poner de relieve que en dicho artículo se establecen una serie de obligaciones: la obligación de asegurar que la maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo no constituyan una fuente de peligro para el trabajador, y la obligación de información sobre su utilización y medidas preventivas a adoptar. Y, seguidamente, señala la consecuencia del incumplimiento de tales obligaciones cuando se infiera un daño al trabajador, de modo que fabricantes y suministradores pasan «a ocupar su sitio en la cadena de responsables; tal responsabilidad nacerá del contrato concertado en su día respecto del empresario y revestirá naturaleza extracontractual respecto del trabajador víctima del daño». Responsabilidad que «podrá hacerse efectiva ante los Tribunales del orden social, por ser el órgano competente para enjuiciar una pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo cuando esta se dirige, además de frente a su empresario, frente a terceros sin relación contractual con el trabajador accidentado», añadiendo a este argumento la indivisión de la causa en caso de pluralidad de codemandado cuando el accidente es único y la indemnización es única. Por lo demás, la sentencia no es ajena a la atribución competencial de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social a la que menciona episódicamente.

La *ratio decidendi* sobre la que descansa la imputación de responsabilidad en el caso enjuiciado estriba, para el caso de fabricantes y suministradores, en el incumplimiento de sus obligaciones por el defectuoso funcionamiento del elevador debido a la rotura del tirante causada por un defecto de fabricación: «presenta indicios claros de falta de fusión entre metal de soldadura y metal base (la pletina), es decir el material de aporte no llegó a fundir el metal base durante el proceso de soldeo, lo cual generó una pegadura en lugar de una unión» y la causación del accidente. A la empresa le imputa un incumplimiento en el mantenimiento y utilización del maquinillo y las medidas preventivas adoptadas no se adaptan al manual de uso del equipo de trabajo. Concluye «que tales incumplimientos imputables a los codemandados fueron determinantes en la producción del daño; pues de haberse soldado debidamente la pletina del tirante al perfil de base y de haberse anclado

apropiadamente la estructura al suelo, con su correspondiente contrapeso, dotando de una mayor estabilidad y rigidez al maquinillo (art. 4.2 del RD 1215/1997, de 18 de julio) y realizado las comprobaciones y pruebas de carácter periódico (art. 4.2 del RD 1215/1997), hubiera podido evitarse el accidente», e imputa a los demandados una concurrencia de responsabilidades por el accidente que «ha de considerarse solidaria cuando no sea posible individualizar en una sola persona aquella responsabilidad o la proporción en la que cada uno debe responder del daño, sin perjuicio de que las relaciones *inter partes* dentro del contrato de suministro hayan de seguir su propia dinámica».

6. LUGARES DE TRABAJO

A) Locales adecuados destinados a comedores

En la **STS de 26 de diciembre de 2011** (IL J 210/2012) se aborda la obligación empresarial contenida en el Decreto y en la Orden Ministerial, ambos de 8 de junio de 1938, sobre comedores de empresa. La resolución judicial considera que, a pesar de su carácter preconstitucional y la terminología y alguno de sus principios inspiradores, dicha regulación no vulnera los principios constitucionales, ya que el «concreto principio vinculado a la dignidad y a las condiciones de trabajo» encontró su desarrollo en la Ordenanza General de Seguridad e Higiene de 1971 y en la propia norma postconstitucional: la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales y el RD 486/1997 de seguridad y salud en los lugares de trabajo; ni tampoco se ha procedido a su derogación expresa o tácita. En consecuencia, vigente la norma obliga a habilitar un local-comedor aunque se establezca una interrupción de dos horas si ese tiempo efectivo se puede ver reducido por efecto de los desplazamientos: «por las circunstancias concurrentes, no disponen efectivamente de dos horas como mínimo para el almuerzo o comida restando con tal fin un tiempo sustancialmente menor; por lo que, en el presente caso, al restar los desplazamientos referidos un tiempo sustancial respecto de las dos horas que los trabajadores deben disponer como mínimo para el almuerzo», el TS resuelve la aplicación e interpretación de estas normas preconstitucionales, que, sin embargo, pueden favorecer la dirección actual tendente a la racionalización de los horarios y dignificar la reducción de la pausa intrajornada para la comida. Criterio que ha sido reiterado en la **STS de 19 de abril de 2012** (IL J 618/2012).

7. RUIDO: COMPLEMENTO POR PENOSIDAD

Se rechaza la percepción de un plus de penosidad establecido en Convenio colectivo cuando la utilización de protecciones individuales reduzca el ruido percibido por debajo de 80 dB [**SSTS de 30 de noviembre de 2011** (IL J 237/2012) y **28 de marzo de 2012** (IL J 504/2012)], pero no por la aplicación de la doctrina iniciada con la STS de 25 de noviembre de 2009, que establece que no existe tal penosidad cuando los protectores auditivos individuales tienen por efecto reducir el nivel de ruido que llega al oído a un nivel inferior a 80 dB (ruido percibido). Y es que la STSJUE de 19 de mayo de 2011 incide en la doctrina del TS al señalar que el ruido debe ser medido sin tener en cuenta los efectos de la utiliza-

ción de protectores auditivos individuales (ruido ambiente), y aunque da respuesta para los niveles superiores a 85 dB, la STS entiende que dicha doctrina se puede mantener para las exposiciones superiores a 80 dB. En suma, como novedad, el TS viene a acoger el criterio de medición ambiental para determinar los umbrales de 80 dB y no el ruido percibido.

Sin embargo, a efectos de la compensación económica del plus de penosidad por soportar un determinado nivel de ruido, el TS expresa el criterio del TJUE contrario a la monetización de la salud: «por el solo hecho de estar sujeto un trabajador a un determinado nivel de ruido no tiene derecho a percibir un complemento salarial por ello, sin perjuicio de las posibles acciones que quepa actuar para evitar que el ruido se produzca, y que son las adecuadas para evitarlo, atajando con ello el efecto pernicioso que a nivel de prevención puede suponer que los trabajadores puedan conformarse con un incremento salarial en lugar de exigir las medidas adecuadas para proteger su salud, contraviniendo la finalidad de la Directiva. Con ello el indicado Tribunal no solo no avala una reclamación salarial fundada en el efecto ruido, sino que está indicando claramente lo que hay que hacer en estos casos, saliendo al paso de alguna manera de la muy poco edificante tradición española de pretender eliminar el ruido con dinero traducido en salario».

Conviene reparar que no es este el criterio unánime de la Sala, ya que se formula un voto particular, que considera que el objeto del recurso es determinar si las mediciones deben o no tomar en consideración los protectores auditivos para determinar el nivel de ruido y calificar de penoso el trabajo a efectos de percibir el complemento retributivo en los términos del convenio colectivo, por lo que los Magistrados discrepantes entienden que debe medirse el ruido ambiental y no el ruido sentido con las protecciones, llegando a la conclusión de que se trata de un trabajo calificable de penoso al existir un nivel de ruido ambiental superior a 80 dB. La consecuencia para el voto discrepante es el derecho del trabajador a percibir el plus por aplicación del convenio colectivo «y ello al margen de que la Directiva comunitaria no establezca la obligación de abono del complemento, pues resulta de la propia norma convencional» que considera, además, que la doctrina mayoritaria «no fomenta la adopción de las medidas de protección colectivas frente a las individuales, que es la finalidad que trasluce la sentencia del TJUE».

8. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA

La **STS de 25 de enero de 2012** (IL J 271/2012) califica el riesgo durante la lactancia como un «*riesgo específico*»: «un riesgo relevante para la salud de las personas protegidas (la madre y/o el bebé), que a) se presenta solo o con mayor intensidad en la concreta actividad desempeñada por la trabajadora o en el concreto medio de trabajo en que tal actividad se desenvuelve, y b) que afecta también de manera particular a la situación de lactancia natural». La sentencia insiste en que la caracterización como riesgo específico desde la perspectiva preventiva está vinculada al puesto de trabajo y a la adopción de las correspondientes medidas preventivas: «en la previsión legal de medidas de adaptación de dicho puesto o de traslado a otro distinto, de forma que desaparezcan los factores peligrosos específicos apreciados en su desempeño». De ahí, que considere que «la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es, de acuerdo con el artículo 26 LPRL, una medida subsidiaria de segundo grado para cuando concurre un riesgo específico en el

desempeño concreto de un puesto de trabajo», por ello «sólo cabe adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y de valorar como insuficientes o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, que son, en primero lugar, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo». Se deduce que la adopción de las medidas preventivas es una obligación empresarial que debe adoptar la empresa: «en particular, corresponde a la empresa llevar a cabo gestiones efectivas encaminadas a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a puesto compatible, para lo que es preciso «conocer con detalle la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición» a los factores de riesgo señalados». Y es que, a efectos de probar la existencia del riesgo específico y su imposibilidad de prevenirlo sólo mediante la suspensión contractual, «corresponde en parte a la trabajadora y en parte a la empleadora a las que va a afectar tal importante vicisitud de la relación laboral».

La **STS de 24 de abril de 2012** (IL J 579/2012) aborda la situación de riesgo para la lactancia de las tripulantes de cabina de pasajeros (azafatas de vuelo). Las circunstancias fácticas parten de la negativa de la Mutua de considerar justificada la situación de riesgo para la lactancia por sus particulares condiciones de trabajo y de que la empresa no ha detectado el riesgo específico ni ofrecido un cambio de puesto o un cambio de condiciones de trabajo, sólo la posibilidad de acumular en quince jornadas completas la reducción horaria por lactancia. De modo que la única medida empresarial propuesta ha sido ofrecer una reducción de jornada y, en este punto, la sentencia pone de relieve cómo la empresa confunde el distinto alcance de la protección de la salud (art. 26 LPRL y 135 bis y ter LGSS) y los derechos de conciliación (art. 37.4 ET). Para que la prestación pueda percibirse, la sentencia sigue la doctrina de su propia Sala y exige que «han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados». En relación con los riesgos para la lactancia que pueden producirse a las tripulantes de cabina de pasajeros, se indica que son «consecuencia de los turnos y horarios de los vuelos y de la imposibilidad material de efectuar la extracción y conservación de la leche a bordo de las aeronaves». Y la sentencia reprocha a la empresa que no haya evaluado el riesgo ni adoptado las medidas para evitarlo. Por ello concluye que «la falta de ofrecimiento alternativo no puede llevarnos a otra conclusión que la de la inexistencia efectiva de ese puesto con condiciones alternativas y exentas de riesgo», y califica de «situación inadmisible» que la trabajadora no tenga otra posibilidad que seguir trabajando. Igualmente, pone de manifiesto la defectuosa conducta de la empresa: «Nos encontramos ante un supuesto de verdadera inactividad por parte de la empresa, que eludió el seguimiento de los pasos prescritos en los conceptos legales que venimos invocando, pero de cuyas consecuencias no puede derivarse perjuicio para la trabajadora. Por ello, con independencia de las acciones que la Mutua pudiera ostentar frente a la empresa, procedía estimar la pretensión de la demandante».

Por otra parte, se considera por la **STSJ de Murcia de 20 de febrero de 2012** (IL J 459/2012) que constituye riesgo específico para la lactancia materna la adscripción de la trabajadora (matrona de un servicio público de salud) a un «sistema de turno rotatorio»

con seis guardias al mes de 24 horas y «la necesidad de utilizar medios preventivos adecuados para evitar contagios a agentes biológicos». Y en igual sentido se pronuncia respecto de una enfermera la **STSJ de Galicia de 9 de marzo de 2012** (IL J 574/2012), que realiza su trabajo en condiciones de exposición a «—Riesgos físicos: exposición a radiaciones ionizantes. —Riesgos químicos o tóxicos: utilización de analgésicos narcóticos, citostáticos o citotóxicos, óxido nítrico. —Riesgos biológicos: Contacto con pacientes portadores de VIH, VHC, VHB, varicela, meningitis, enterocolitis. —Riesgos psicosociales y organizativos: Turno rotatorio complejo (turnicidad y nocturnidad), estrés por carga de trabajo en UCI».

9. RIESGOS PSICOSOCIALES

A) Acoso laboral

La **STSJ de Galicia de 23 de diciembre de 2011** (IL J 252/2012) resuelve un caso de acoso moral y parte de la distinción entre éste y el defectuoso ejercicio (abusivo o arbitrario) de las facultades empresariales, y define el acoso moral «como un conjunto de conductas y prácticas que se caracterizan por la sistematización, la duración y la repetición de ataques a la persona o a su personalidad, utilizando todos los medios relativos al trabajo, sus relaciones, su organización, su contenido, sus condiciones, sus instrumentos, desviándolos de su legítima finalidad y utilizándolos con la aviesa intención de destruir, podemos apreciar que la distinción entre «conflicto laboral» y «acoso laboral» no se centra en lo que se hace o en cómo se hace, sino en la frecuencia y duración de lo que se hace y, sobre todo, en la intencionalidad de lo que se hace». Sostiene la sentencia que el acoso «requiere determinados componentes objetivos (sistematicidad en la presión, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y elemental gravedad) y subjetivos (intencionalidad denigratoria y carácter individualizado —que no colectivo— del destinatario)», y tales requisitos se dan al privar a la trabajadora «de parte de las competencias que tenía y se la margina, si no totalmente, sí parcialmente en la toma de decisiones y realización de tareas que hasta entonces tenía encomendadas, con base en una modificación del organigrama hasta entonces existente», imponiéndole una nueva dependencia jerárquica y desalojada de su despacho, que es ocupado por quien asume su jefatura. Sumándose otras conductas que la sentencia considera «de ninguneo, sobrecarga de trabajo, falta de contestación a peticiones y silencio ante denuncias, prolongada durante meses» que «constituye una trama imprecisa y en forma de tela de araña propia del denunciado acoso moral, debiendo concluirse que la actuación de la empresa y de los mandos codemandados y condenados es intencional, frecuente, grave». La sentencia considera, igualmente, responsable solidaria a la empresa del acoso moral por fomentar o consentir la actuación de las personas a las que ha nombrado y por su conducta pasiva al tolerar dicha situación.

La **STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2012** (IL J 559/2012) confirma la existencia del acoso moral y declara la extinción del contrato de trabajo a instancia de la trabajadora por el incumplimiento empresarial manifestado en «un auténtico proceso dilatado en el tiempo dirigido a, cuando menos, menoscabar la dignidad personal de la trabajadora afectada», asignando a la trabajadora funciones propias de categoría inferior, prohibición

de acceder a sistemas de trabajo o despachos de la empresa o la instalación de una cámara de seguridad «con la finalidad de vigilarla» y carente de cualquier justificación, actuaciones que «solo pueden ser leídas o entendidas en la misma clave de persecución hostil y denigratoria de la trabajadora antes aludida. Clave de interpretación también ya inexcusable cuando se le obliga a la trabajadora a realizar tareas de limpieza con, se dirá, “claro ánimo de humillación» o, finalmente, «cuando no se le abonan complementos salariales o beneficios dados por la empresa al resto de la plantilla de la misma». Todo ello supone un ataque al derecho a la integridad moral e interdicción de tratos degradantes [arts. 15 CE y 4.2.e) LET].

Sin embargo, respecto de la indemnización adicional reconocida por la sentencia de instancia, el TSJ de Cataluña le reprocha que haya aplicado la presunción del daño y la condena automática a una indemnización de daños y perjuicios y, en su lugar, no haya tenido en cuenta la doctrina de la acreditación de los elementos objetivos en que se basa la pretensión resarcitoria, que «en la sentencia no se fijan ni determinan, en forma alguna, los daños causados por la conducta de la empresa». Se señala la existencia de un proceso de incapacidad temporal respecto del que no se señala su causa. Causa que, y a estos efectos, es evidente que no puede ser presumida por la Sala. Por lo demás, y en la demanda, la trabajadora solo se indica en relación a la cuantificación de la indemnización reclamada que «de conformidad con lo previsto en el art. 181 y concordantes de la L.P.L. se solicita una indemnización adicional de 15 días de salario por año de servicio». Considera, en suma, la Sala que la sentencia carece de la acreditación de indicios o apoyos suficientes para imponer la indemnización reclamada, revocando, en este punto, parcialmente la sentencia recurrida.

A la hora de delimitar el concepto de acoso cohonestada con los estilos de mando y dirección, la **STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2012** (IL J 575/2012) rechaza la definición contenida en la Resolución de 5 de mayo de 2011 de la Secretaría de Estado para la Función Pública, acogida por la sentencia de instancia recurrida, y, en su lugar, acude «a la definición de la Directiva 2006/54, así como la que se contiene en las Directivas 2000/43 y 2000/78 pues a ellas debe ajustarse la primera: comportamiento que evidencie un propósito o que tiene el efecto de atentar contra la dignidad de la persona del trabajador y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo. Desde nuestro punto de vista la cuestión estriba en determinar si el comportamiento empresarial: 1) tiene como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad; y 2) crear un entorno hostil».

La sentencia de suplicación parte, por consiguiente, de un concepto más amplio que no puede restringirse «con exigencias de “conductas de violencia intensa” aun cuando sean “psicológicas” pues, de ser así, se eliminarían de la protección numerosos actos no revestidos de esa violencia pero que, inteligentemente edulcorados, responden al mismo torticero propósito o producen el mismo pernicioso efecto de crear un entorno hostil y atentar contra la dignidad de la persona». Y pone de relieve las dificultades para reconocer ciertos comportamientos de acoso en los más altos niveles de las organizaciones por su sutileza e insidia.

Para la distinción entre un conflicto laboral positivo derivado de la gestión normal y una situación de acoso, según la sentencia, deben concurrir: «1) una relación de poder desigual entre los protagonistas, manifestada en una posición jerárquica, de fortaleza de

personalidades o de conocimiento; 2) el acto o conducta debe dirigirse contra un individuo personalmente y éste lo debe percibir como amenazante, ofensivo o degradante (en un conflicto laboral positivo los protagonistas mantienen un equilibrio y se mantienen siempre fuera del terreno personal); y 3) debe ser persistente en el sentido de comprender más de un acto o actos aislados (en un conflicto laboral positivo el enfrentamiento es puntual resolviendo normalmente las partes sus diferencias en un período relativamente corto de tiempo)».

A *limine*, la sentencia señala que «Es evidente, por tanto, que un conflicto entre un jefe y un miembro de su equipo potencialmente puede ser constitutivo de acoso solo por el hecho del desequilibrio de poder inherente a la relación entre ellos. En consecuencia, los jefes necesitan ser extremadamente cuidadosos para no incurrir en un comportamiento que pueda socavar o amenazar la dignidad de los miembros de su equipo y ser lo suficientemente sensibles y atentos para distinguir cuando la crítica laboral justa y razonable pasa de ser legítima a convertirse en una crítica personal y por lo tanto injusta». De ahí que, tras analizar las circunstancias fácticas que tienen lugar a partir de la incorporación de la nueva dirección de recursos humanos, la sentencia concluye que el comportamiento empresarial atenta contra la dignidad de la trabajadora y crea un entorno hostil de trabajo, y ello aun cuando «la dirección tenga facultades de remodelación o de reorganización u otras cualesquiera que se puedan considerar legales desde el punto de vista de dirección». En suma, las dificultades derivadas de las relaciones personales en el marco de la relación laboral llevan a la sentencia a postular: «Y si bien es cierto que las afinidades personales y laborales no es posible imponerlas y que naturalmente la dirección busca rodearse de equipos afines, no por ello se deben permitir estilos de gestión y de mando que, en uso o ejercicio de la posición superior y de facultades legales, determinen desplazamiento, degradación, infravaloración y descalificación de un trabajador de forma persistente, generando con ello un ambiente de trabajo hostil manifestado en el hecho de saberse el trabajador no querido, respetado y apreciado por su dirección lo que claramente atenta contra su dignidad e integridad moral, constituyendo un acoso».

No considera la existencia de acoso la **STSJ de Cataluña de 24 de noviembre de 2011** (IL J 330/2012), y distingue el trato vejatorio del acoso, ya que éste «ha de reservarse para los casos en que hay un acoso sistemático, repetición de determinadas conductas con una cierta duración en el tiempo y puesta en práctica con la intención de minar la autoestima del trabajador, asociado normalmente a la finalidad de hacerle romper la relación laboral», y señala que puede haber ataques a la dignidad del trabajador sin que llegue a darse «mobbing». Constata la sentencia que la trabajadora ha «sufrido por parte de la persona física demandada gritos y vejaciones» (manifestándole que era una inútil, y que no servía para nada) y que esta «autoritaria y abusiva conducta constituye un ataque a la dignidad personal y profesional de la trabajadora demandante» pero no es calificable de acoso. La consecuencia sobre la relación laboral es que el trato vejatorio permite extinguir la relación laboral, igual que el acoso, pero la sentencia de suplicación deja sin efecto la condena establecida en la sentencia de instancia por vulneración de los derechos fundamentales vinculados al «mobbing» y la indemnización adicional, al considerar que no existe violación de derechos fundamentales, pues «la situación de incapacidad temporal de la trabajadora por ansiedad o depresión pone en evidencia la realidad de la incapacidad laboral según los partes médicos acreditativos de dicha situación, pero no acreditan la existencia del acoso,

calificación jurídica que corresponde en exclusiva a la jurisdicción social y no a un facultativo médico» y «el hecho de que haya una sintomatología depresiva, incluida una baja y un estrés son factores que pueden ser relevantes pero no determinan la calificación, pues puede darse acoso sin ellos y puede no darse mediando un perjuicio para la salud».

En resumen, la sentencia objeto de reseña distingue el derecho del trabajador en la relación laboral al respeto y consideración a su dignidad tanto personal como profesional, y su infracción sólo habilita a la resolución del contrato, pero sorprende que deduzca del derecho contenido en el art.4.2.e) LET un «inherente deber para el empleador, lo que conlleva la prohibición de todo trato de hecho o de palabra degradante o humillante, prohibición que se establece con carácter general y fundamental en el artículo 10 de la Constitución, en cuanto constituye presupuesto indispensable para la pacífica convivencia social» y no lo vincule al derecho fundamental a la integridad moral del art. 15 CE, que prohíbe expresamente el trato degradante, y que la infracción «de tan básico derecho en el particular ámbito convivencial de la empresa» sólo tenga reflejo en el plano contractual y no en el de los derechos fundamentales.

Tampoco considera la existencia de acoso la **STSJ de Asturias de 27 de enero de 2012** (IL J 398/2012) por no existir actos hostiles que aisladamente o en conjunto supongan acoso moral en el trabajo, ya que «la situación es el fruto de los conflictos que se originaron en el centro de trabajo motivados por las reclamaciones habidas entre las partes con demandas sobre salarios (hecho 13.º), impugnación de sanción (hecho 10.º) y despido con reconocimiento de nulidad en el acto de conciliación y petición de reintegro por el empresario a la trabajadora de la suma de 2.463 euros abonados por despido improcedente que no fue atendida por la actora, alegando que iba a entablar una reclamación por daños morales de modo que tal como concluye el Juez *a quo*, no habiéndose traído a los autos indicios en los que anclar una situación de hostigamiento sistemático, ha de descartarse que la situación psicológica de la demandante haya tenido su origen en una conducta hostil del empresario hacia su persona, constitutiva de acoso moral».

B) Acoso en la función pública: persistencia en el tiempo del hostigamiento

En la **STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso de Burgos) de 11 de noviembre de 2012** (IL J 650/2012) se aborda el acoso a un funcionario público de la Administración local a partir del recurso de apelación de la sentencia de instancia, que es revocada parcialmente y que introduce matices relevantes frente al acoso laboral. Los hechos probados se inician tras la declaración del funcionario de presentarse a las elecciones municipales; ante la avería del aparato para fichar la entrada y salida al trabajo y las sospechas de que la rotura fuera intencionada, el Alcalde convocó a la Policía local para que realizase determinadas funciones de vigilancia, recayendo las sospechas en el funcionario, sin que se descubriera si la avería era o no intencionada; en enero, a estos hechos le siguieron repri-mendas ante compañeros y público e, igualmente, fue apartado de las funciones administrativas que realizaba para una sociedad municipal y terminó con la baja del funcionario el 3 de febrero de 2011 y su posterior vuelta al trabajo el 21 siguiente. En este sentido, respecto de la permanencia o prolongación en el tiempo del hostigamiento, la sentencia de instancia indica que «se produjo solo en el mes de enero de 2011 y los días en que el actor no estuvo de baja laboral en el mes de febrero. Sin embargo, la acción de hostigamiento,

que en el ámbito laboral exige una serie continuada de actos, en el ámbito de la función pública puede lograrse muchas veces mediante una resolución con efectos permanentes». Así, se pone de relieve que «El requisito de la persistencia en el tiempo puede sustituirse por el requisito de la permanencia de sus efectos, y en el presente caso, el recurrente fue apartado de las funciones administrativas que realizaba como parte de sus cometidos para la empresa municipal». Este criterio no es compartido por la Sala «toda vez que (...) no se corresponde con la actuación sistemática y prolongada que define la Jurisprudencia y que atribuye a las acciones o conducta de violencia psicológica y no a sus efectos». De los hechos acreditados por la Sala «solo se ha acreditado que fueron tres actos de violencia ejercitados, y que son concretamente los tres descritos, así la separación del actor de las labores administrativas de la empresa Montes de las Navas con la consiguiente pérdida del complemento de productividad, las insinuaciones manifestadas por el Alcalde en torno a la presunta autoría por parte del actor de los daños causados al «fichador» y la reprimenda que de forma airada y en alta voz realizó el alcalde a dicho funcionario cuando estaba en su puesto de trabajo y en presencia de otros empleados y de una tercera persona, y como lo corrobora que dicha conducta de hostigamiento se haya llevado en un concreto espacio de tiempo, en concreto durante el mes de enero de 2011».

C) Suicidio por incumplimiento de medidas de seguridad

Los hechos enjuiciados en la **STSJ de Galicia de 25 de enero de 2012** (IL J 254/2012) traen causa de la muerte del trabajador y de la relación causal entre trabajo-situación mental patológica padecida-suicidio. El proceso depresivo motivo de incapacidad temporal fue declarado de enfermedad profesional desencadenado por las condiciones laborales en que se vio inmerso en la empresa por el acoso sufrido en la empresa. La sentencia relaciona la causa de la muerte del trabajador con su actividad laboral: «tuvo origen y causa en el proceso depresivo y situación mental que desencadenaron las condiciones laborales en que se vio inmerso en la empresa, propiciante inicialmente de IT y en cuya situación vio extinguida su relación laboral, de tal modo que su fallecimiento, aun tratándose de un acto suicida, vino directamente originado por la situación integral psíquica que presentaba a tal fecha y que era de origen laboral en tanto que propiciada por la actuación empresarial».

La sentencia hace depender la imposición del recargo de prestaciones de la falta de medidas de seguridad que identifica, por un lado, en la imperatividad —algo forzada para el caso enjuiciado— del art. 48 de la Ley Orgánica de Igualdad que, «supone claramente una obligación de la empresa de adoptar medidas preventivas» y, por otro, en la jurisprudencia del TS y de la obligación general de seguridad contenida en los arts. 14.2, 15.4 y 17.1 LPRL. Concluyendo que «en la doctrina de suplicación se afianza una tendencia que asume que la legislación preventiva vigente resulta aplicable a los riesgos psicosociales y que en caso de acoso y riesgos psicosociales la infracción empresarial en materia preventiva se produce tanto si fuera referida a normas específicas de carácter reglamentario, como lo sea a falta de las mismas en nuestro sistema preventivo, a las normas más generales citadas de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que obligan al empresario a adoptar todas las medidas de protección necesarias y adecuadas para proteger la salud de sus trabajadores frente a cualquier tipo de riesgo que pudiese generarse en su puesto de trabajo... Consecuencias de esta consideración de los riesgos psicosociales como objeto

de la legislación preventiva, se impone la aplicación del recargo de prestaciones (art. 123 LGSS) en estos supuestos».

10. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A) Plan de Prevención de Riesgos Laborales para la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León: Nulidad

El Plan de Prevención de Riesgos Laborales para la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León fue aprobado por Acuerdo 55/2010, de 3 de junio, de la Junta de Castilla y León y recurrido por la Federación de Servicios de la Ciudadanía de Comisiones Obreras de Castilla y León, recurso resuelto por la **STSJ de Castilla y León de 23 de marzo de 2012** (IL J 742/2012). Se impugna el Plan por varios motivos que, estimados algunos de ellos, llevan a la Sala a anular el Acuerdo.

En cuanto a la adopción por el Plan de la modalidad de servicio de prevención propio, la sentencia considera que «la definición del modelo de organización que emplea el Plan no es correcta ya que dice optar por un modelo de servicio de prevención propio y sin embargo claramente regula un sistema mixto, integrado con medios propios y ajenos por concierto, posibilidad que, no obstante, sería correcta a la luz del artículo 15.4.º del Reglamento de los Servicios de Prevención. Por tanto, aunque nominalmente se fije un sistema propio, la regulación que se hace no es esa». Repara igualmente la sentencia que «el Plan no dice, siendo obligatorio que lo hiciera, cuál es el servicio de prevención propio, dónde estará ubicado y qué especialidades o disciplinas preventivas abarcará». Respecto de los servicios concertados, incumple el art. 16 RSP al no establecer el ámbito de prestación de los servicios externos ni los criterios para la selección de la entidad con la que se vaya a concertar dicho servicio, así como las características técnicas del concierto, aspectos que también deberán ser debatidos y acordados en el seno del Comité de Seguridad y Salud de la empresa.

También acoge la impugnación de que el Plan adolece de un modelo integral de gestión por cuanto «(1) es cierta la alegación relativa a que el Plan no hace mención alguna a la delimitación inicial de los riesgos existentes en los diferentes centros de trabajo y en base a la actividad desarrollada en ellos —no es lo mismo un órgano administrativo que uno donde se desarrollen actividades industriales o se trabaje con agentes químicos, físicos o biológicos—, como tampoco a la forma de implantación de las actividades preventivas de todo tipo —preventivas, correctoras, de emergencia, de protección de la maternidad, de formación—. (2) También lo es el hecho de que el Plan no incluye o define ningún modelo integral de gestión preventiva que (a) identifique los procesos de trabajo y organización, (b) defina sus distintas fases, (c) comprenda la evaluación de riesgos por centros, de riesgos específicos, de equipos y lugares de trabajo, (d) describa medidas de protección individuales y colectivas a adoptar cuando sea necesario, (e) fije medidas de control periódico de las condiciones y métodos de trabajo».

11. VIGILANCIA DE LA SALUD: EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR IMPOSIBILIDAD DE ADAPTACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO

Según la **STSJ de Galicia de 22 de noviembre de 2011** (IL J325/2012), tras el correspondiente reconocimiento médico el trabajador es declarado apto con limitaciones, al padecer silicosis de primer grado, y tener que evitar ambientes pulvígenos, situación que lleva a la empresa a extinguir el contrato por ineptitud sobrevenida y falta de un puesto adecuado. Desde la perspectiva preventiva, la sentencia justifica la decisión empresarial «al carecer de puesto de trabajo donde reubicarlo y donde no exista riesgo; la extinción se produce por el cumplimiento de las obligaciones impuestas al empleador a través de la LPRL —sobre todo cuando el Instituto Nacional de Silicosis aprecia dicha dolencia también—. Y concluye, al traer a colación la primacía del derecho al trabajo frente a la seguridad e higiene deducido de los arts. 22 y 25 LPRL, «que en función de las conclusiones que se deriven del reconocimiento del trabajador en relación con su aptitud para el desempeño del puesto de trabajo, debe en principio introducir las medidas de protección y prevención necesarias, pero no proceder a extinguir de inmediato el contrato en base a una supuesta ineptitud sobrevenida del trabajador, sin justificar la imposibilidad de evitar la continuidad de esa prestación de servicios sin merma de la salud del mismo».

12. DELEGADOS DE PREVENCIÓN

A) Designación sindical

Al hilo del conocimiento de la lesión de la libertad sindical por el no reconocimiento por la empresa del delegado de prevención designado por la sección sindical, la **STSJ de Andalucía de 15 de diciembre de 2011** (IL J 695/2012) aborda la conclusión de un acuerdo del Comité de Empresa según el cual se atribuía a cada uno de los tres sindicatos representados en el mismo la designación del delegado de prevención. Respecto del acuerdo adoptado, se alega por la empresa recurrente que la sentencia de instancia ha infringido el art. 35.2 LPRL y los arts. 43.2 y 72.3 del Convenio Colectivo de empresa, en relación con los artículos 3 y 4.2 del Código Civil y 14 de la CE, ya que los delegados de prevención son elegidos por el Comité de Empresa. Según la Sala «tanto del art. 35.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y artículos 43.2 y 72.3 del Convenio Colectivo del OPAEF se deduce que la competencia inicial para designar a los Delegados de Prevención se atribuye a los órganos de representación del personal, pero ello no implica que sea inválido el acuerdo del Comité de Empresa según el cual se atribuía a cada uno de los tres sindicatos representados en el mismo la designación de un Delegado de Prevención. Este acuerdo lo conocía la empresa, según se ha indicado en los hechos probados, y no puso obstáculo alguno ante el mismo».

13. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO EMPRESARIAL DE MEDIDAS PREVENTIVAS

Sobre la no evaluación de riesgos y la extinción del contrato por voluntad del trabajador gira la decisión contenida en la **STSJ de Madrid de 16 de enero de 2012** (IL J 418/2012). La no evaluación de riesgos de un equipo de trabajo emisor de campos electromagnéticos,

instalado en 2004, determina que en 2008 el operario inste la resolución del contrato. La sentencia considera la existencia de un incumplimiento grave de la empresa y el derecho del trabajador a extinguir su contrato o mantener la relación laboral y exigir su cumplimiento. A tal efecto, señala: «Deducción incontestable de lo hasta ahora expuesto es que si la empresa se desentendió en plazo tan dilatado de comprobar los riesgos que el empleo de la máquina podían producir sobre la salud del trabajador, este puede interesar la extinción de su contrato por exposición a los mismos de su integridad física, por causa de incumplimiento de las obligaciones preventivas que, ya se ha dicho, hace posible acudir al derecho resolutorio que la norma estatutaria, y su homónima del Código Civil, ampara. En el ámbito de la libertad del afectado está, desde luego, seguir manteniendo la relación laboral exigiendo del empresario la observación de las medidas preventivas legal y reglamentariamente sancionadas, pero tampoco le queda vedado el ejercicio de la acción extintiva». La gravedad del incumplimiento empresarial descansa en la dilación de «la necesaria evaluación del riesgo con el fin de averiguar los peligros que la máquina podía provocar y establecer las medidas de protección necesarias, que de haberse adoptado, hubieran eliminado el riesgo» y «en la injustificable falta de cumplimiento por la empresa de proporcionar en su momento la documentación requerida para poder evaluar los riesgos, como signo de una actuación descuidada que bien al contrario debería de haberse producido con pronta diligencia para determinar si un determinado puesto de trabajo puede resultar perjudicial para la salud d quien lo desempeña», puesto que el servicio de prevención ya requirió en 2004 la documentación de la máquina para realizar la evaluación de riesgos.

A efectos de calificar el incumplimiento de grave y reiterado de las obligaciones preventivas que justifican la extinción del contrato por voluntad del trabajador, la **STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2012** (IL J 707/2012) examina si la conducta llevada a cabo por la empresa constituye o no un incumplimiento empresarial grave de las obligaciones legales. El trabajador está expuesto al riesgo de exposición a disolventes orgánicos que aplica mediante pulverización y, por su sensibilización al disolvente, la empresa es requerida en 2008 por la Inspección de Trabajo para que aparte al trabajador de los puestos en los que existía exposición al disolvente y nuevamente en 2009 para que garantice de forma inmediata que el trabajador no sea empleado en puestos de trabajo en los que se pueda ver expuesto. En 2010 la empresa instaló un sistema de extracción localizada por requerimiento de la Inspección. La Sala concluye que se produce un incumplimiento empresarial de carácter grave y continuado «al estar afectada la salud del trabajador demandante, y reiterado en el tiempo, por cuanto siendo conocedora la empresa, tanto por la Inspección, como por los informes del Centre de Seguretat i Salut y del Servicio de vigilancia de la Salud, de la incompatibilidad del trabajador con el agente químico que se utilizaba junto con su puesto de trabajo, no ha adoptado las medidas preventivas y de protección necesarias». Respecto de que no hayan extendido actas de infracción por la Inspección no impide acudir a la aplicación de la extinción contractual «por cuanto dicho incumplimiento debe reunir las características de gravedad y reiteración, pero no exige la concurrencia de culpabilidad».

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNAIZ

Revista de Derecho del Trabajo

Justicia Laboral

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)



El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.)
y CAROLINA SERRANO FALCÓN, C. (Coord.)

Comares, Granada, 2012, 1277 páginas

[MANUELA DURÁN BERNARDINO.

Becaria de Investigación FPU del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada]

Es una satisfacción poder recensionar este *Comentario del Estatuto de los Trabajadores*, publicado en 2012 dentro de la Colección «Comentarios a la legislación social» de la editorial Comares.

Dirigida por José Luis MONEREO PÉREZ, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, y coordinado por Carolina SERRANO FALCÓN, profesora de la misma disciplina, la obra titulada *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores* destaca entre los prestigiosos comentarios ya existentes por su nuevo enfoque, en el que se estudian desde un planteamiento técnico-jurídico y práctico los problemas que

suscita la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, incorporando una referencia a las elaboraciones jurisprudenciales respecto a cada uno de los artículos y materias que analiza.

El estudio técnico-jurídico y jurídico-práctico de esta obra lo realiza un grupo de investigadores especialistas de reconocido prestigio en el mundo del Derecho, formado por Profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de distintas Universidades del territorio español, que comentan de forma reflexiva y analítica cada uno de los preceptos que integran nuestro Estatuto de los Trabajadores, atendiendo de forma específica a la concordancia normativa tanto interna como externa al Estatuto de los Trabajadores.

Treinta y dos años después de la vigencia del Estatuto de los Trabajadores del año 1995, los autores de esta novedosa obra revisan su contenido para adaptarlo a las continuas reformas que desde los años noventa hasta nuestros días han venido modificando con carácter flexibilizador gran parte de sus preceptos, recogiendo todas ellas en el comentario al que se le da publicidad. Entre ella, cabe destacar: Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y fomento de la contratación indefinida; Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; Ley 5/2000, de 4 de agosto, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social; Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad; Ley 33/2002, de 25 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual

y flexible; Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad; Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal; Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres; Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario la Ley 40/2007, de 20 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social.

Merecen una mención especial, por su reciente modificación y por su trascendencia imperante, dos reformas de destacada importancia:

La primera, relativa a la relación individual de trabajo. Motivado por la crisis financiera y económica de carácter internacional, el Gobierno inicia la reforma del mercado laboral español a través del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y, posteriormente, con la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Por la intensa destrucción de empleo del momento, abordan cuestiones relativas al fomento del empleo, el reciente Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, así como el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo. No obstante, como bien se aprecia en el comentario, pese a los numerosos e intensos cambios introducidos, aún no se ha producido una reforma estructural de nuestro sistema jurídico-laboral.

La segunda, centrada en la Negociación Colectiva. Con la intención de atender a las disfunciones que impiden su plena eficiencia y adaptación a las condiciones cambiantes de la economía y del empleo, se aprueba el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, tratándose de la primera gran reforma del sistema de negociación colectiva desde su regulación inicial a principios de los años ochenta.

Además, este comentario recoge las reformas que han afectado al Estatuto de los Trabajadores, bien sea de forma directa o indirecta, refiriéndose de forma destacada a la muy reciente Ley 36/2011, de 11 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, o la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal.

Estas transformaciones ponen de relieve la flexibilidad y la relatividad de los conceptos jurídicos históricamente determinados, así como la complejidad de esta norma laboral, que obliga a plantear distintas interpretaciones y numerosos problemas aplicativos para el jurista práctico, haciéndose imprescindible una actividad de interpretación intensa y precisa. Con esta finalidad, este Comentario contribuye decididamente a clarificar el sentido jurídico-positivo de la ordenación normativa, siguiendo muy de cerca, en todo momento, la práctica profusa de la doctrina judicial.

En definitiva, nos encontramos con una obra colectiva realmente novedosa en cuanto a razonamientos técnico-jurídicos y prácticos de candente actualidad en el contexto laboral en el que hoy día nos encontramos, logrando con notable éxito examinar las numerosas reformas que han incidido sustancialmente en el articulado del Estatuto de los trabajadores, así como prestando especial atención a la función práctica de la doctrina jurídica, desde un enfoque riguroso, crítico y planteando en cada uno de sus preceptos profundas reflexiones, donde los autores han sabido aunar sus experiencias como juristas especialistas en esta compleja y cambiante materia. Por tanto, la obra que se ofrece al lector contiene una visión totalizadora y exhaustiva de los aspectos a considerar en materia jurídico-laboral, que destaca por su claridad expositiva y su carácter riguroso y de orientación jurídico-práctica, que convierten a este comentario del Estatuto de los

Trabajadores en una obra de referencia en la materia, máxime cuando se trata de uno de los temas más debatidos en los últimos años y especialmente en la actualidad.

Este tratamiento será sin duda de gran utilidad para todos los juristas y alumnos de los distintos ciclos académicos y de los diversos títulos de Grado, Máster Universitarios y programas de Doctorado, así como para todos aquellos profesionales motivados por el estudio del Derecho del Trabajo. A todos sus destinatarios les permitirá una comprensión global y especializada del desenvolvimiento vital de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, insertada en una disciplina conocida por todos, el Derecho del Trabajo, hoy más que nunca derecho vivo, apegado a la realidad social en la que opera.



La Reforma Sanitaria

PALOMAR OLMEDA, A.; LARIOS RIESCO, D.
y VÁZQUEZ GARRANZO, J.

Thomson Reuters Aranzadi

[ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA.
*Letrado de la Administración
de la Seguridad Social*]

Recientemente se ha editado por Thomson Reuters Aranzadi el libro *La Reforma Sanitaria* del que son autores Alberto PALOMAR OLMEDA, David LARIOS RIESCO y Javier VÁZQUEZ GARRANZO. Los autores, reconocidos juristas, y especialistas en el derecho de la Seguridad Social y en particular en el derecho sanitario, realizan un excelente análisis de la reciente reforma que se ha producido en nuestro sistema público de Salud tras la aprobación del Real Decret-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.

Con una prosa sencilla y accesible los autores estudian con rigor las grandes líneas de la reforma, lo que supone un acertado, oportuno y esforzado trabajo que nos permite entender un proceso complejo de transformación de nuestro entramado jurídico en materia de sanidad. A este respecto se estudia desde una visión global la evolución y desarrollo de nuestro Sistema Nacional de Salud y las debilidades del mismo al convertirse en una red de subsistemas aislados entre sí, en el que se constata un cierto fracaso de las políticas de coordinación y cooperación administrativa, y una tendencia estructural al incremento desmesurado del gasto.

En este contexto, la crisis ha hecho mella en un sistema que, si ya presentaba síntomas de agotamiento, en la actualidad presenta serias dudas sobre su viabilidad y sostenibilidad económica.

Ante esta coyuntura el Real Decreto-ley 16/2012 modifica los elementos estructurales del sistema haciendo hincapié en la reducción del gasto, para lo que aborda reformas en el ámbito subjetivo estableciendo un nuevo régimen de acceso al derecho a la asistencia sanitaria, en el ámbito objetivo tanto en lo relativo a la cartera de servicios como a la prestación farmacéutica, así como en la gestión del personal.

El libro que comentamos responde con agilidad, acierto y profundidad a las dudas y zonas grises que presenta la reforma, haciendo un diagnóstico de la situación previa y una evaluación de la solución dada a los problemas por el legislador con esta reciente reforma normativa.

El libro se estructura en cuatro grandes capítulos temáticos que abordan los cuatro ejes de la reforma: el acceso al derecho, la reestructuración de las carteras de servicios, la prestación farmacéutica y la gestión del personal.

El capítulo primero asume el estudio del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pública con la reaparición de la condición de asegurado como titular del derecho así como la delimitación de los derechos de los extranjeros, y del conjunto de personas que no están incluidos en el ámbito de las relaciones laborales o vinculadas a esta.

Para su estudio se realiza un análisis del derecho a la salud desde su concepción constitucional y

desde ese punto de partida se realiza un recorrido por la configuración legal del derecho y las sucesivas reformas operadas en esta.

Así, los autores nos indican que el derecho a la salud determinado en el artículo 43 de la Constitución Española se concibe como un derecho independiente pero relacionado con el derecho a la Seguridad Social recogido en el artículo 41 de la Carta Magna, derecho que, conforme a lo establecido en el artículo 53 de la Constitución, requiere una configuración legal que se ha realizado en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que ha establecido un sistema con vocación de universalidad, financiado por vía impositiva y gestionado por las Comunidades Autónomas, al que la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional del Sistema Nacional de Salud, pretendió dotar de una igualdad y calidad en las prestaciones y una universalidad subjetiva manifestada en el otorgamiento del derecho a la asistencia sanitaria pública a todos los españoles sin diferenciación de su situación personal o laboral, a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y a los extranjeros no comunitarios en los términos que determina la ley de extranjería y los tratados y convenios suscritos por España. Este proceso normativo culmina con la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que incluye las bases legales que sustentan las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas en materia de Salud Pública. Esta norma, además, determina en su disposición adicional sexta la extensión del derecho a todos los españoles residentes en España con mención expresa de la extensión del derecho a las personas que hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo a partir del 1 de enero de 2012, y a su vez comprometía al Gobierno para que en el plazo de seis meses incluyera en el sistema sanitario público a todos los que realizaran una actividad por cuenta propia.

Así las cosas, en el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, tras constatar que el sistema necesita mayor vertebración, coordinación y un marco financiero sostenible se pasa a establecer una modificación del ámbito subjetivo sustituyendo el concepto «titular del derecho» por el concepto

de «asegurado», lo que no supone, a juicio de los autores, un cambio de matiz sino un cambio radical de filosofía, toda vez que la titularidad del derecho ya no es automática sino que precisa su reconocimiento por un órgano administrativo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, al que le corresponde constatar el cumplimiento de los requisitos de acceso.

El libro que comentamos en su Capítulo Primero analiza los diferentes colectivos que tienen la condición directa de beneficiarios, bien por ser trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, bien afiliados a la Seguridad Social en situación de alta o asimilada al alta, por ostentar la condición de pensionista o perceptor de cualquier prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas las prestaciones y subsidios por desempleo o bien, por último, por haber agotado la prestación por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

Asimismo se analiza con profundidad el acceso a la condición de beneficiario derivada de la inexistencia de ingresos, la derivada de la condición de parentesco así como la condición temporal de asegurado sin acreditación. Igualmente se trata en extenso el régimen de asistencia sanitaria de los extranjeros comunitarios y no comunitarios, la prestación sanitaria de personal adscrito a sistemas de protección públicos diferentes y la provisión por el Sistema Nacional de Salud de servicios a terceros como consecuencia de un convenio o la percepción de un precio.

Por último, el primer capítulo del libro estudia las normas adjetivas de aplicación al reconocimiento de la condición de asegurado, distinguiendo entre las competencias de reconocimiento de la condición de asegurado y las de materialización del derecho.

El Capítulo Segundo analiza el contenido de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, su configuración material y la vinculación de la cartera a determinados servicios.

Así desde el punto de partida establecido en la Ley de Cohesión y Calidad de 2003 se analiza la nueva reordenación, en la que se distingue una cartera común que diferencia tres niveles de

protección asistencial, a saber, la cartera común básica, la común suplementaria y la común de servicios accesorios del Sistema Nacional de Salud, procediéndose a realizar un exhaustivo estudio del contenido asistencial de las carteras de servicios, así como de su financiación.

Similar estudio se realiza de la Cartera de Servicios Complementaria que las Comunidades Autónomas pueden asumir al incorporar en sus carteras de servicios técnicas, tecnológicas o procedimientos no contemplados en la cartera común de servicios y que no serán considerados en la financiación general de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, por lo que su cobertura estará condicionada a la disponibilidad por las Comunidades Autónomas de los recursos adicionales necesarios.

En este capítulo se estudian, además, las fórmulas establecidas para el desarrollo de la cartera común y su actualización, la creación del Fondo de Garantía Asistencial para hacer efectiva la compensación entre Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla por las actuaciones que sus servicios de salud realizan en el marco de la aplicación de la cartera común básica de servicios asistenciales y de la suplementaria a las personas que gocen de la condición de asegurado en el Sistema Nacional de Salud en sus desplazamientos temporales.

Por último, se estudia el contenido de la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley sobre el establecimiento de importes máximos de financiación para determinar servicios y el propósito de mejora de la actuación de los servicios en red potenciando las actuaciones de coordinación y fomento de la cooperación entre servicios territoriales de salud del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

El Capítulo Tercero analiza las nuevas medidas establecidas en la regulación de la prestación farmacéutica y la forma de participación del asegurado en el pago de la misma. Así, bajo el principio de austeridad el Real Decreto-ley 16/2012 realiza una profunda reforma de la Ley 29/2006, de Garantía y Uso Racional del Medicamento y de otras normas relacionadas, pivotando la reforma sobre tres ejes fundamentales, el de la prescripción farmacéutica, el de la dispensación de medicamentos y productos sanitarios y, por

último, el de la financiación de los fármacos y productos sanitarios.

En relación con la prescripción farmacéutica se realiza un detallado estudio de la intervención administrativa en la prescripción de medicamentos y la racionalización de la prescripción a través de sistemas de receta electrónica y la apuesta por la generalización de la prescripción por principio activo.

De otro lado, también se realiza un extenso examen de las medidas tomadas en materia de dispensación de medicamentos y productos sanitarios, particularmente en lo que se refiere a la intensificación de la colaboración de las oficinas de farmacia en la dispensación de medicamentos y otros productos sanitarios, y en materia de márgenes, deducciones y descuentos en la distribución y dispensación de medicamentos.

También se abordan las reformas en materia de financiación de medicamentos y productos sanitarios, comentándose las medidas tomadas sobre la inclusión y exclusión de medicamentos en la financiación pública, la intervención sobre el precio de los medicamentos y productos sanitarios, las medidas tomadas en relación con los precios de referencia, así como el régimen de copago de medicamentos y productos sanitarios.

Por último se estudian otras reformas de suma importancia, tales como la apuesta por la mejora de los sistemas de información y, en particular, en lo que se refiere a la información de apoyo a la prescripción, el fomento de la competitividad entre proveedores, la regulación de los retornos o la formación hospitalaria.

El Capítulo Cuarto realiza un exhaustivo análisis de las reformas operadas en la gestión del personal del Sistema Nacional de Salud con el objetivo de definir homogéneamente para todo el Sistema la regulación actual de aspectos vinculados a las profesiones sanitarias y de la relación estatutaria en cuestiones como la categoría profesional, los criterios determinantes del sistema retributivo o de la acción social.

Son tres los ejes de la reforma en materia de personal que exigen a su vez la modificación de otras tantas leyes; de esta manera se modi-

fican la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, creando un registro estatal de profesionales sanitarios y, por último, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

Con respecto a la reforma de la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias se analizan con detalles las modificaciones operadas en materia de formación de áreas de capacitación específica, en la acreditación de centros y unidades docentes, en la regulación de los comités de área de capacitación específica y por último, en la creación de nuevos títulos de especialización y de diplomas de áreas de capacitación específica en Ciencias de la Salud.

En relación con el régimen jurídico del personal estatutario se comentan en el libro, de forma exhaustiva, las innovaciones operadas en materia de creación, modificación y supresión de categorías, en la retribución relacionada con la evaluación del desempeño, en la regulación de la incapacidad temporal, en la integración del personal funcionario, en la regulación de la incapacidad temporal o en la integración del personal de cupo y de zona, para terminar tratando la supresión del complemento por jubilación.

Para concluir tenemos que decir que los estudiosos del derecho de la Seguridad Social y los especialistas en derecho sanitario no se verán defraudados cuando lean y consulten esta excelente obra. De este modo, hemos de felicitar a sus autores por el excelente trabajo realizado y agradecer que en tan escaso tiempo hayan realizado un trabajo muy bien estructurado y desarrollado con un extenso e inteligente análisis, sólo al alcance de quienes conocen en profundidad los entresijos del sistema, y a la perfección los problemas y las claves de las soluciones que el legislador ha dado en esta compleja reforma, lo que redundará en una visión práctica muy útil para los operadores jurídicos, profesionales y, en general, para todos los que estamos interesados en el derecho sanitario.



La Regulación del Mercado Laboral.

Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.R. Y OTROS

Thomson-Reuters Lex Nova, 1.ª edición, julio de 2012, 674 páginas

[LEX NOVA]

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en vigor desde el 8 de julio de 2012, es fruto de la tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero.

Entre las novedades que incorpora sobre el texto del Real Decreto-ley destacan: el permiso retribuido de **formación profesional para el empleo**; el nuevo **contrato de trabajo** por tiempo indefinido de apoyo a **emprendedores**; la distribución irregular del tiempo de trabajo; el reconocimiento de determinados **derechos laborales** a favor de las víctimas del terrorismo y de discapacitados; importantes novedades en materia de **suspensión de contrato, reducción de jornada y despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, tanto en los sustantivos como en los procesales**; en **negociación colectiva**, la **ultraactividad queda reducida a un año y no a dos**, y se establece la nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos 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; se varía la redacción de los supuestos de despido objetivo de las letras b), d) y e) del artículo 52 ET; se modifica el artículo 7.e) de la Ley de IRPF, lo que se relaciona directamente con la su-

presión del llamado despido «exprés»; en los despidos por causa económica, técnica, organizativa o de producción en el sector público, se establece la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad; y, en fin, se precisa que determinadas previsiones de lo establecido en materia de contratos mercantiles y de alta dirección del sector público son de aplicación al sector público autonómico y local.

Todas estas importantes novedades, junto al estudio de las primeras sentencias que han comenzado a aplicar la **reforma laboral** del año 2012, y un primer análisis del recientísimo **Real Decreto-ley 20/2012**, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, son examinadas en el presente libro, redactado por cualificados especialistas, y que proporciona un completo análisis práctico de una de las reformas más profundas de nuestras normas laborales desde la promulgación del texto original de la **Ley del Estatuto de los Trabajadores** en el año 1980.

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 recensiones deberán remitirse a la sede de la *Revista Justicia Laboral* (Lex Nova, C/General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: redac@lexnova.es. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
- 2. Compromiso de publicación y originalidad:** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
- 3. Exclusividad:** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
- 4. Evaluación:** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
- 5. Extensión y formato:** Por regla general, los trabajos no superarán los 100.000 caracteres contando los espacios. Preferiblemente el interlineado será a doble 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.