

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 50

Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Justicia Laboral

Lex Nova, S.A.U.
Edificio Lex Nova.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457038
Fax 983 457224
E-mail: clientes@lexnova.es

Depósito Legal: VA. 157-2000
ISSN 1576-169X

Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General:
Daniel Tejada Benavides

© Lex Nova 2012

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

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

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

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuyente de la utilización o no 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, por ello, se encuentra integrada en los catálogos de publicaciones científicas.

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.

Revista incluida en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos:



CSIC

DICE

IN-RECY



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

DIRECTOR

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

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

DIRECTOR ADJUNTO

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Carlos III de Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Sevilla

JAVIER GÁRATE CASTRO

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Santiago de Compostela

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Oviedo

JOSE MARÍA GOERLICH PESET

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Valencia

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Pública de Navarra

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad Pompeu Fabra

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

Uría Menéndez. Abogados

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Granada

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Carlos III de Madrid

MARÍA DEL CARMEN ORTIZ LALLANA

Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de La Rioja

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

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

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Cantabria

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO (de los artículos enviados)

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Salamanca

AURELIO DESDENTADO BONETE

Magistrado del Tribunal Supremo

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Pablo Olavide de Sevilla

MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de La Laguna

RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Alcalá

MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

EDITORIAL

¿EL JUEZ, AL ENJUICIAR UN DESPIDO PRODUCIDO CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DEL RDL 3/2012 Y CALIFICARLO DE IMPROCEDENTE, DEBE CONDENAR AL PAGO DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN SI LA OPCIÓN FUESE LA INDEMNIZACIÓN?: PRIMEROS ECOS JURISPRUDENCIALES DE LA REFORMA LABORAL 2012

Los ecos de la reforma laboral del RDL 3/2012 no se han hecho esperar. Varias sentencias de Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia se han enfrentado con los efectos de la ausencia de unas reglas específicas de derecho transitorio. Hubiera sido, sin duda, deseable que la nueva norma hubiera incorporado normas en esta materia que hubieran establecido reglas sobre los efectos del despido improcedente en relación con las extinciones contractuales producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, en línea con lo establecido, a título de ejemplo, en la Disposición Transitoria 10 en relación con los despidos colectivos. Su ausencia ha contribuido a plantear dudas y a construir respuestas inmediatas por los jueces y Tribunales no siempre coincidentes.

La reforma de los salarios de tramitación es el punto neurálgico de estas cuestiones. El RDL 3/2012 ha eliminado los salarios de tramitación en caso de despido improcedente salvo para el supuesto de que se opte por la readmisión o de que se trate de un representante legal de los trabajadores o de un delegado sindical. En efecto, los salarios de tramitación dejan de mencionarse, tras el RDL 3/2012, en el artículo 56.1 ET. Solo en caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

Como se sabe, si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción entre la readmisión o la indemnización le corresponderá siempre a él. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, ésta será obligada. La novedad del RDL 3/2012 radica en que tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2 del artículo 56 ET.

La citada eliminación de los salarios de tramitación se justifica así en el preámbulo del RDL 3/2012 en los siguientes términos: «la obligación empresarial de abonarlos única-

mente en los supuestos de readmisión del trabajador, bien por así haber optado el empresario ante un despido declarado improcedente, bien como consecuencia de la calificación de nulidad del mismo. En caso de los despidos improcedentes en los que el empresario opte por la indemnización, el no abono de los salarios de tramitación se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, pudiendo, además, el trabajador acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva. Por lo demás, los salarios de tramitación actúan en ocasiones como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días».

Una cuestión que ha generado especial controversia es la relativa a la procedencia del abono de los salarios de tramitación de los despidos producidos con anterioridad a la reforma. En suma, la respuesta a la pregunta: ¿el juez, al enjuiciar un despido producido con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 3/2012 y calificarlo de improcedente, debe condenar al pago de los salarios de tramitación si la opción fuese la indemnización?

Una primera respuesta negativa fue dada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de León, en su Sentencia de 20 de febrero de 2012 (R.º 937/2011). Dicho pronunciamiento consideró, en punto a las consecuencias de lo anterior y si la Entidad demandada no opta por la readmisión, que no habrá lugar al abono de salarios de tramitación con arreglo al art. 55 ET, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero. Señalaba el citado pronunciamiento que la citada norma es de aplicación inmediata al presente supuesto en base a lo siguiente: «a) Porque la misma establece su entrada en vigor al día siguiente de su publicación, esto es, el 12 de febrero de 2012, tratándose de una norma que justifica en su exposición de motivos su carácter urgente. b) Porque en dicha norma, a diferencia de otras materias, y asimismo a diferencia de otras modificaciones pretéritas en materia de despido, no se contiene ninguna disposición transitoria al respecto. c) Porque la normativa que ahora aplicamos tiene carácter sustantivo y no procesal. d) No creemos que se trate de una aplicación retroactiva de una norma desfavorable que pudiera vulnerar el art. 2 del Código Civil, ya que se aplica la normativa sustantiva vigente en el momento de la calificación del despido por el Juzgador, es decir no se deja sin efecto por dicha norma calificaciones efectuadas al amparo de anterior normativa. e) Finalmente creemos que esta es la interpretación más acorde con el espíritu y finalidad de la normativa que estudiamos, pues en definitiva toda ella pretende, insistimos de manera urgente e inmediata en razón de la gravedad de la actual crisis económica, reducir el coste del despido improcedente».

En cambio, otros entienden, por el contrario, que los despidos anteriores a la reforma generan salarios de tramitación. En la misma línea cabe situar la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona/Iruña de 1 de marzo de 2012 (R.º 1274/2011). El Juzgado de lo Social dictó sentencia estimando la demanda de resolución de contrato por incumplimiento de la empresa de sus obligaciones y la reclamación de cantidad deducida por los trabajadores, condenando a la empleadora a abonar a cada uno una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, por el tiempo transcurrido desde el inicio de la prestación de servicios de cada uno de ellos hasta el 11 de febrero de 2012 inclusive, y una indemnización de 33 días

de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, por el tiempo transcurrido desde el 12 de febrero de 2012 hasta la fecha de la firmeza de la sentencia.

Sostiene el citado pronunciamiento que para resolver la cuestión que se plantea debe tenerse en cuenta que el Real Decreto-ley 3/2012 no establece ninguna norma transitoria, por lo que la determinación de la legislación aplicable deberá hacerse atendiendo a las normas generales sobre retroactividad o irretroactividad de las normas jurídicas y a la propia naturaleza de la acción ejercitada y de la sentencia que estima una acción resolutoria.

A tal efecto entiende que: «El Real Decreto-Ley 3/2012, tal y como consta en su Disposición Final Decimosexta, entró en vigor al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y tal publicación se produjo el 11 de febrero de 2012, lo que implica que entró el vigor al día siguiente, es decir, el 12 de febrero de 2012. Tal entrada en vigor era perfectamente posible de conformidad con lo previsto en el art. 2.1 del Código Civil, precepto que establece que las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el BON, si en ellas no se dispone otra cosa. A su vez, rige en el ordenamiento jurídico español la regla general de irretroactividad de las normas jurídicas, salvo previsión contraria. No es otro el significado del párrafo tercero del art. 2 del Código Civil al disponer que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario. Debe recordarse también que esta previsión es de aplicación a todos los sectores del ordenamiento jurídico y que rige la regla de aplicación supletoria de las disposiciones del Código Civil —incluyendo las previsiones de su Título preliminar que regula las “normas jurídicas, su aplicación y eficacia”— en las materias regidas por otras leyes (art. 4.3 CC)».

Añade el anterior pronunciamiento que «la nueva normativa laboral que introduce el Real Decreto-Ley 3/2012 resulta de aplicación a la acción resolutoria que se ejercita por la parte demandante al amparo del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, de conformidad con el principio de retroactividad débil o de primer grado y por la propia naturaleza de la acción ejercitada y de la sentencia que estima la misma, que tiene carácter constitutivo. Es cierto que el Real Decreto-Ley 3/2012 no contiene previsión alguna respecto de su eficacia retroactiva y carece de cualquier previsión en orden a su aplicación a las extinciones de los contratos de trabajo. Pero, no obstante tal circunstancia, rige aquí el principio de modernidad que cabe deducir del art. 2.2 del Código Civil, según el cual la norma posterior deroga a la anterior, incluso respecto de los efectos futuros de los contratos y condiciones de trabajo existentes al tiempo de su entrada en vigor, efecto éste que la doctrina ha denominado de “retroactividad débil o de primer grado” de las normas sociales, aplicables a las relaciones de tracto sucesivo, y que la jurisprudencia ha venido reconociendo (STSS del Tribunal Supremo de 5 de julio y 7 de octubre de 1986, y 8 de mayo de 1987, 5 de junio y 23 de diciembre de 1996). En estas sentencias se viene a mantener la doctrina de la retroactividad mínima o efecto inmediato de las normas laborales consistente en la aplicación de las nuevas normas a los efectos futuros de las relaciones laborales en curso de ejecución, sin necesidad de mandato expreso en tal sentido, o lo que es lo mismo, la aplicación de las nuevas normas a los efectos de la situación anterior nacidas bajo su vigencia».

Esta misma línea es la mantenida por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 21 de febrero de 2012 (R.º 221/2012). La sentencia se plantea si deben abonarse o no los salarios de tramitación a un despido que califica de

improcedente, acaecido el 14 de julio de 2011 y que inicialmente fue declarado nulo por sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de San Sebastián de 22 de agosto. La Sala entiende que, «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 de 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 al 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 a 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 art. 2.3 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, de la 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)...».

Estas últimas soluciones resultan ciertamente razonables. En ausencia en nuestro ordenamiento de normas completas de carácter genérico sobre el derecho transitorio o intertemporal, la remisión a la normativa civil parece la solución más adecuada. El art. 2.3 CC se trata de una norma subsidiaria de rango legal inspirada en el citado principio «*tempus regit actum*» y, por lo tanto, solo aplicable en ausencia de normas transitorias específicas por parte de la Ley sobre la que se proyecte la cuestión, la cual siempre será soberana para declararse o no retroactiva.

Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
Jesús R. MERCADER UGUINA

NOTA EDITORIAL

Con el presente número 50 queremos celebrar también doce años de trayectoria de la *Revista Justicia Laboral*, que vio por primera vez la luz en el año 2000, en el límite entre los siglos xx y xxi.

Con un balance de más de 200 artículos doctrinales publicados y miles de sentencias analizadas, Lex Nova quiere agradecer esta circunstancia al director de la revista, don Ignacio García-Perrote Escartín, y a su director adjunto, don Jesús Mercader Uguina; al Consejo de Redacción; al Comité de evaluación externo; a todo el equipo de profesionales que número a número han hecho posible esta publicación, y, sobre todo, a quienes constituyen su razón de ser: los profesionales y estudiosos del Derecho Laboral, que con su seguimiento y sugerencias han convertido esta revista en el referente de prestigio y rigor dentro del ámbito profesional y académico para el análisis, estudio y aplicación práctica del Derecho del Trabajo.

Enhorabuena a todos.

LEX NOVA, 2012

ÍNDICE GENERAL

Página

EDITORIAL

¿EL JUEZ, AL ENJUICIAR UN DESPIDO PRODUCIDO CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DEL RDL 3/2012 Y CALIFICARLO DE IMPROCEDENTE, DEBE CONDENAR AL PAGO DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN SI LA OPCIÓN FUESE LA INDEMNIZACIÓN?: PRIMEROS ECOS JURISPRUDENCIALES DE LA REFORMA LABORAL 2012.

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

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA APORTACIÓN ECONÓMICA AL TESORO PÚBLICO EN EL CASO DE DESPIDOS COLECTIVOS DE EMPRESAS CON BENEFICIOS

Jaime Cabeza Pereiro 15

LA NUEVA REGULACIÓN DEL PROCESO DE TUTELA EN LA JURISDICCIÓN LABORAL

César Tolosa Tribiño 29

SOLUCIÓN DE CONFLICTOS INDIVIDUALES LABORALES FUERA DE JUICIO EN MÉXICO

María Aurora Lacavex Berumen, Yolanda Sosa y Silva García y Jesús Rodríguez Cebreros . 49

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO

Óscar Fernández Márquez e Iciar Alzaga Ruiz 71

II. TRABAJADOR

Luis Enrique de la Villa Gil (dir.); Luis Enrique de la Villa de la Serna (Lovells); Diego de la Villa de la Serna; María de Sande Pérez-Bedmar (coord.); Maravillas Espín Sáez; Jesús González Velasco; Luis Gordo González 99

III. EMPRESARIO

Jesús Cruz Villalón; Rafael Gómez Gordillo; Macarena Hernández Bejarano; Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco; María Sepúlveda Gómez 117

IV. CONTRATACIÓN LABORAL

José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; María Amparo Esteve Segarra; Mercedes López Balaguer 139

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>	149
VI.	DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	
	<i>M.ª Carmen Ortiz Lallana; Begoña Sesma Bastida; Inmaculada Baviera Puig</i>	187
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>	209
VIII.	NEGOCIACIÓN COLECTIVA	
	<i>Javier Gárate Castro</i>	223
IX.	SEGURIDAD SOCIAL	
	<i>Consuelo Chacartegui Jávega; Eusebi Colàs Neila; Josep Fargas Fernández; Julia López López; Ignasi Areal Calama; Nuria Pumar Beltrán; Marina Castells i Màrques; Sergio Canalda Criado; Alexandre de le Court</i>	231
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> ..	239
XI.	ADMINISTRACIÓN LABORAL	
	No se ha dictado jurisprudencia relevante en el periodo que analiza este número 50 de la revista.	
XII.	EL PROCESO LABORAL	
	<i>Lourdes Martín Flórez; Luis Aguilar Romera; María Ángela Álvarez Vázquez; Ana Navascués Sarratea</i>	261
XIII.	SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO	
	<i>José Luis Goñi Sein; Margarita Apilluelo Martín; Manuel González Labrada; Elisa Sierra Hernáiz</i>	271

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS	281
-------------------------	-----

Revista de Derecho del Trabajo

Justicia Laboral

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA APORTACIÓN ECONÓMICA AL TESORO PÚBLICO EN EL CASO DE DESPIDOS COLECTIVOS DE EMPRESAS CON BENEFICIOS

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo

RESUMEN

La aportación económica al Tesoro Público en el caso de despidos colectivos de empresas con beneficios

La reforma legal de Seguridad Social de 2011 introdujo una disposición adicional que imponía, con ciertas condiciones, a las empresas con beneficios que realizaran despidos colectivos de trabajadores de 50 o más años de edad que realizaran una aportación económica al Tesoro Público. Esta disposición ha sido modificada por el RD-ley 3/2012, de 10 de febrero, que ha introducido reglas más específicas. En este estudio se analizan los cambios y se hace una revisión crítica sobre los principales problemas y dudas interpretativas que suscitan las reglas actualmente vigentes.

Entre otras, se manifiesta la preocupación por la identificación de la autoridad competente, por las normas de procedimiento o por no pocas incertidumbres que generan serias dudas sobre la efectividad práctica de esta medida.

Palabras clave: Despidos colectivos, reforma laboral, Seguridad Social, Autoridad laboral, desempleo.

ABSTRACT

The economic contribution to the Public Exchequer in the case of collective dismissals companies with benefits

The Social Security legal reform of 2011 introduced an additional disposition which imposed, with certain conditions, to the companies with benefits that decided workers' of 50 or more years of age collective dismissals, an economic contribution to the Public Exchequer. This disposition has been modified by the RD-ley 3/2012, of February 10th, which has introduced more specific rules. In this study the changes are analyzed and a critical review is done on the principal problems and interpretive doubts that provoke the rules nowadays in force.

Among others, it is showed the worry for the identification of the competent authority, for the procedure rules or for not few uncertainties that generate serious doubts on the practical efficiency of this measure.

Keywords: Collective dismissals, labor reform, Social Security, unemployment.

Fecha de recepción: 30/4/2012.

Fecha de aceptación: 30/4/2012.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.
- II. LA VERSIÓN ORIGINARIA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 26.
- III. MOTIVACIONES Y MODIFICACIONES EN LA REFORMA DE 2012.

1. El supuesto de hecho.
2. Parámetros de cálculo de la aportación económica.
3. Órgano competente y procedimiento.

IV. CONCLUSIÓN.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La misma reforma laboral que introduce cambios drásticos en la regulación sustantiva del despido colectivo incorpora una modificación de una norma de Seguridad Social reciente, como es la disposición adicional 16.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto. A ella alude expresamente ahora el apartado 11 del art. 51 ET, conforme al cual *«las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en este artículo, y que incluyan a trabajadores de 50 o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente»*.

Llama la atención que el RD-ley 3/2012 se haya embarcado en una reforma de dicha disposición adicional, en vez de que se desarrollase ésta a través de una norma de rango reglamentario. No cabe duda de que se ha producido un perfeccionamiento de la versión originaria del precepto, aunque a costa de petrificar en un instrumento con rango de ley unas reglas que tal vez resultase más conveniente incluir en un reglamento. Y dicho perfeccionamiento mantiene importantes lagunas que, en la práctica, difieren aún más en el tiempo la aplicación de la aportación económica. Conviene, así pues, profundizar en este tema para poder entender el alcance de la reforma, que, en términos generales, merece una valoración ambivalente.

Debe repararse, en primer lugar, en que este tema no ha sido objeto de consideración alguna en las Recomendaciones del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo⁽¹⁾. Tampoco el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones se refería a él. Antes bien, el proyecto de ley publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales⁽²⁾ no incluía la actual disposición adicional 16.^a Fue en trámite de enmiendas cuando se publicó una enmienda 164 del Grupo Parlamentario Socialista⁽³⁾, cuya motivación apelaba a los impactos sociales y económicos no deseados que producen los expedientes de regulación de empleo y, en particular, al *«importante coste para nuestro sistema de protección por desempleo, difícil de asumir socialmente, cuando las empresas que realizan estos procesos de reestructuración tienen necesidad de ponerlos en práctica aun habiendo obtenido beneficios, tanto más en una coyuntura económica como la actual»*. Consiguientemente, se consideraba oportuno que, si las grandes empresas en tales circunstancias efectuaran despidos que incluyesen a trabajadores de más de 50 años,

(1) MTIN (Madrid, 2011) pp. 75 ss.

(2) De 1 de abril de 2011.

(3) BOCG de 10 de mayo de 2011.

realizasen una aportación «*que compense el impacto que ello supone en el sistema de protección por desempleo*».

La conexión de esta propuesta con las prejubilaciones en ciertas grandes empresas españolas era muy obvia desde el principio. Muy en particular, con los masivos expedientes que la Dirección General de Trabajo había autorizado en sucesivas ocasiones a la empresa Telefónica España, en sus diferentes identidades corporativas. Todos ellos caracterizados por el reconocimiento a las personas prejubiladas voluntariamente en situación legal de desempleo y el pago de la correspondiente prestación contributiva. Prestación que en no pocas ocasiones iba seguida del subsidio asistencial, incluso en casos en los que las rentas de los beneficiarios o de sus unidades familiares superaban holgadamente el umbral de lo protegible. En este escenario, llamaba la atención la radical diferencia que existía entre el pacífico reconocimiento de la cobertura por «paro forzoso» y las trabas que ponía la entidad gestora de la jubilación a la hora de aplicar los coeficientes reductores más dulcificados de la jubilación anticipada ordinaria o transitoria en caso de desempleo involuntario. Este desajuste, que produjo múltiples peripecias legislativas y de doctrina judicial, puso siempre de relieve cierto desajuste entre, por una parte, la situación legal de desempleo del art. 208.1.1 de la Ley General de Seguridad Social, literalmente interpretada por el Servicio Público de Empleo Estatal y, por otra, el seguimiento de estrictos criterios de voluntariedad por parte de las entidades gestoras de la Secretaría de Estado de Seguridad Social⁽⁴⁾.

Incluso, en el contexto de la tramitación de la Ley 27/2001, la selección de una fecha tan aleatoria como el 27 de abril de 2011, insuficientemente explicada desde un prisma estrictamente legal, parecía asociarse a un coetáneo expediente que había instado la misma entidad empresarial, por más que ésta se había comprometido a asumir en su integridad los costes derivados de la extinción del contrato. En realidad, dicha fecha no aparecía en la propuesta inicial, pero se incorporó posteriormente. Tras un pequeño cambio en el Senado relativo a la ampliación de un plazo de tres a seis meses, la propuesta alcanzó casi incólume el BOE como disposición final dieciséis de la Ley 27/2011.

II. LA VERSIÓN ORIGINARIA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 26

Al margen de las circunstancias que desencadenaron la aprobación de este precepto, lo cierto es que perseguía, en su esencia, que la empresa, en determinadas circunstancias, practicara una «devolución» de las cantidades que el sistema de Seguridad Social pagaba a los trabajadores afectados por un despido colectivo en concepto de protección por desempleo.

En primer lugar, había de tratarse de empresas —o grupos de empresas— de más de 500 trabajadores que efectuasen despidos colectivos que afectaran, al menos, a 100 trabaja-

(4) Sobre este tema, CABEZA PEREIRO, J., «Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos», en VV.AA. (dir. BORRAJO DACRUZ), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, MTAS-La Ley (Madrid, 2004), pp. 205 ss. También, CABEZA PEREIRO, J., «Algunas consideraciones sobre la prejubilación a la vista de la doctrina reciente», en VV.AA. (coord. LÓPEZ CUMPRE, L.), *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel (Madrid, 2007), pp. 1287 ss.

dores, en un plazo de referencia de tres años, entre cuyos destinatarios debían figurar trabajadores de 50 o más años de edad, cualquiera que fuese el número de éstos. En segundo, se exigía que la entidad empresarial hubiese tenido beneficios en los dos ejercicios anteriores a la autorización del expediente de regulación de empleo. Entendiéndose por existencia de beneficios un resultado positivo del ejercicio, en los términos del RD 1514/2007, de 16 noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. Y, en tercero, que los trabajadores de 50 años o más de edad no hubieran sido recolocados en la misma empresa o en otra del grupo, o en cualquier otra, en los seis meses siguientes a la fecha en la que se hubiese producido la extinción de sus contratos de trabajo.

Por lo que respecta a la cuantía de la aportación económica, la versión originaria del precepto establecía unas pautas generales. Primeramente, que había que tomar en consideración el importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados, incluyéndose las cotizaciones a la Seguridad Social efectuadas por el Servicio Público de Empleo Estatal. Además, que el importe concreto de la aportación se determinaría de acuerdo con una escala, en función del número de trabajadores de la empresa, del número de trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el despido colectivo y de los beneficios de la empresa. Todo ello en los términos que especificaría un Reglamento de desarrollo, en el cual se determinarían además el procedimiento, la forma y el momento de efectividad de la aportación.

Finalmente, la disposición incluía una regla sobre el destino de las aportaciones, conforme a la cual se dedicarían total o parcialmente a generar créditos para la financiación de políticas activas de empleo destinadas a los trabajadores de más edad, también en los términos que se desarrollarían en la norma reglamentaria. Y concluía con su aplicabilidad a los expedientes iniciados a partir del 27 de abril de 2011.

Así descrita, la norma no era inmediatamente aplicable, sino que se hacía depender del Real Decreto de desarrollo, el cual además debería concretar importantes extremos sobre el cálculo de la aportación y sobre el destino de la misma. No así sobre las circunstancias que habían de acompañar al despido colectivo, sobre las cuales, en todo caso, se cernían varias dudas. En particular, las siguientes:

- El cómputo de 100 trabajadores en un período de referencia de tres años. Resultaba dudoso si debían tenerse en cuenta sólo los que hubieran sido despedidos a través de un expediente de regulación de empleo, o también los que, de conformidad con el art. 51 ET, hubieran sido despedidos en el mismo período de referencia por motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos del previsto en la letra c) del art. 49.1 ET. Se trataba de una cuestión dudosa, a la que probablemente habría que dar respuesta en sentido negativo, a la luz del tenor literal del precepto.
- El concepto de grupos de empresas, que constituye la reiterada pregunta que se suscita cuando la legislación laboral regula cuestiones acerca de los mismos sin aportar una definición específica.
- La identidad empresarial en el caso en el que, a lo largo de los tres años, se produjese alguna operación societaria, civil o administrativa que implicase una sucesión de empresa, en los términos legal o convencionalmente establecidos.

- La aplicabilidad aparente del precepto también a las empresas que haya que ubicar dentro del sector público. Aunque la exigencia de «beneficios» condiciona una respuesta negativa, al menos en la mayoría de los casos.

Al margen de estas dudas, existía una certeza clara: a diferencia de otras iniciativas legales, cuyo objetivo se centraba básicamente en el empleo de la población laboral madura y en retrasar el abandono del mercado de trabajo de los trabajadores de mayor edad, en la disposición final prevalecía el de no gravar injustamente las arcas públicas y el sistema de protección por desempleo. Es verdad que también aquél estaba presente, como expresaba la motivación de la enmienda presentada por el Grupo Socialista, pero no como finalidad prioritaria.

III. MOTIVACIONES Y MODIFICACIONES EN LA REFORMA DE 2012

Aparentemente, el principal móvil de la reforma introducida con el RD-ley 3/2012 en este concreto asunto debería consistir en dotar de eficacia y vigencia inmediata a la exigencia de realizar la aportación al Tesoro Público. Si así fuera, la iniciativa resultaría loable. Ya no sería necesario estar a la espera de la norma reglamentaria, cuya aprobación era especialmente urgente, a la vista de que la disposición final debería ser aplicable a todos los expedientes de regulación de empleo iniciados a partir del 27 de abril de 2011. Si se hubiera convertido el precepto en una norma directamente aplicable, tendría mucho sentido incorporar los cambios en una norma de urgencia como ha sido el RD-ley 3/2012, de 10 de febrero. Pero, por desgracia, hay que esperar en todo caso a un desarrollo normativo. Entretanto, como va a comprobarse, la norma resulta tan inaplicable como antes.

Al margen de lo cual, un análisis de los cambios producidos en relación con la redacción originaria del precepto pone de relieve un considerable cúmulo de variaciones del supuesto de hecho, así como de los propios presupuestos que configuraban, en sus grandes trazos, la cuantía que había que ingresar en el Tesoro Público⁽⁵⁾. Detrás de todo ello hay unos determinados impulsos que conviene analizar, para poder percatarse de los móviles y de las consecuencias que supone, en sus contornos actuales, dicho deber de ingreso. Con todo, hay que tener en cuenta que no ha variado la regla temporal de la norma, conforme a la cual quedan afectados todos los procedimientos de despido colectivo iniciados a partir del 27 de abril de 2011. Que el apartado 4 aluda a «procedimientos de despido colectivo» y no a «expedientes de regulación de empleo» no parece tener más trascendencia que adaptar el precepto a la nueva naturaleza sustantiva de la institución que contiene el art. 51 del ET.

1. El supuesto de hecho

Un primer cambio, de signo ampliatorio, se refiere al número de despidos que han de producirse para que proceda la aportación. Si bien se mantiene el número mínimo de tra-

(5) Un comentario sintético de estos cambios en TRILLO GARCÍA, A.R., «Las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2012 en materia de Seguridad Social y prestaciones por desempleo», en VV.AA. (dir. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.), *Reforma laboral 2012: análisis práctico del RDL 3-2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova (Valladolid, 2012) pp. 490 ss.

bajadores con que tiene que contar la empresa o el grupo —más de quinientos—, se excluye el umbral mínimo de trabajadores afectados por el despido colectivo. Es decir, no es necesario que se alcance la cifra de cien trabajadores, así como el período de referencia de tres años. La consecuencia resulta obvia: cualquiera que sea el número de personas afectadas, habiendo incluidas algunas —o alguna— de cincuenta o más años, entra en juego la medida prevista en la disposición adicional 16.^a de la Ley 27/2011. En principio, debe entenderse que este cambio amplía considerablemente el supuesto de hecho contemplado en la norma.

De distinto signo es la modificación relativa al supuesto de hecho, pues se mantiene la hipótesis de un despido colectivo practicado en una empresa con beneficios. La nueva redacción elimina la referencia a la razonabilidad de la decisión extintiva. Lo cual no tiene, evidentemente, otro significado que el de acomodar la existencia de causa económica, técnica, organizativa o de producción a la nueva interpretación de la misma que se contiene en el art. 51.1 ET. Exige que la empresa se encuentre en beneficios «*aun concurriendo causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen*». Es importante destacar que la proposición principal consiste en que la empresa esté en beneficios, la causa sólo constituye una subordinada concesiva. Es decir, que la declaración de que el despido resulta ajustado a derecho no tiene trascendencia en torno a la aportación al Tesoro Público.

Porque otra interpretación —que la norma exige, como condición de la aportación, que exista causa— conduciría a un resultado absurdo que conviene rechazar de raíz: si la sentencia declara el despido no ajustado a derecho y la empresa no opta por la readmisión de los trabajadores afectados, no se estaría en el supuesto de hecho de la norma y la empresa se ahorraría la aportación al Tesoro Público. Con seguridad, el propósito del Gobierno no ha sido producir esta consecuencia. Dicho en otros términos, la aportación no puede hacerse depender de si concurren o no causas, sino de si en efecto se consume o no el despido colectivo y la consumación afecta a los trabajadores situados en el umbral de edad previsto por la norma.

Una omisión totalmente deliberada se refiere a que el precepto deja de remitirse al RD 1514/2007, de 16 de noviembre, a los efectos de considerarse que una empresa ha tenido o no beneficios. Lo cual resulta, a todas luces, difícil de justificar y sumamente pernicioso. Que no se confíe la objetividad de esta situación a las reglas contables del plan general de contabilidad permite muchas interpretaciones peligrosas. Como poco, deja en manos de decisiones políticas la reclamación de la aportación económica. En un escenario en el que la Dirección General responsable de los expedientes de regulación de empleo se ha comportado tradicionalmente con criterios que habría que calificar de oscilantes e incluso de poco objetivos.

Con todo, la norma se refiere a la existencia de beneficios en los dos ejercicios anteriores a aquel en el que el empresario inicie el procedimiento de despido colectivo. Inicio que debe identificarse con la comunicación a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral prevista en el art. 51.2 del ET. Llama la atención a estos efectos el cambio producido, porque antes de la reforma el *dies a quo* para el cómputo hacia atrás de dos años era el de la autorización del expediente de regulación de empleo. Es decir, de tomar como referencia la fecha de finalización del expediente se pasa a tener en consideración la de

inicio. Lo cual no tiene, en apariencia, mayor importancia, sino que parece obedecer a la necesidad de adaptarse a los cambios en el art. 51 ET. Bien podría haber optado el legislador por la fecha en la que la empresa comunica a la autoridad laboral el resultado de la fase de consultas, pero nada hay que objetar a la solución por la que se ha optado.

Y, en otro orden de ideas, hay que poner de manifiesto ciertos silencios, ya comentados, en relación con la redacción originaria del precepto, que también pueden lastrar la eficacia futura de esta regla. Se trata de que no se aporta una definición específica de grupo de empresas, o de que no se aclara si una empresa sucesora debe hacerse cargo de una aportación económica causada por una empresa cedente. Habrá que estar a la espera de que se produzca doctrina administrativa y judicial al respecto, y formular cábalas actualmente es inútil. Con todo, no debe olvidarse que esta institución objeto de análisis ostenta un perfil sancionador bastante evidente, que invita a esperar interpretaciones restrictivas de la norma. Así pues, y en defensa de una más clara delimitación del supuesto de hecho, hubiera sido muy deseable un pronunciamiento legal expreso sobre estos extremos. Como deseable hubiera sido que se aclarase si la regla es de algún modo aplicable al sector público empresarial en el caso de despidos colectivos, máxime ahora que no se aporta una definición específica de qué sean los «beneficios» que determinan la aportación económica.

2. Parámetros de cálculo de la aportación económica

En principio, se mantiene la toma en consideración del importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el despido colectivo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social efectuadas por el Servicio Público de Empleo Estatal.

A partir de ahí, se incluye una regla nueva, omitida —como se ha adelantado— en la versión original del precepto. Se trata de que hay que tomar en consideración, a los efectos del cálculo de los importes, a los trabajadores de cincuenta o más años cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa o empresas del grupo, en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos del contemplado en la letra c) del art. 49.1 ET, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo.

Una lectura apresurada de esta regla invitaría a pensar que se ha mejorado el precepto, al dejar clara la toma en consideración de estas extinciones en el cálculo de la aportación. Pero, en mi opinión, la técnica empleada resulta lamentable y, de forma deliberada o no, da lugar a consecuencias sumamente contraproducentes. Se trata de que estas extinciones cuentan para el cálculo de la aportación, pero no —al menos desde el punto de vista de una interpretación literal de la norma— para la propia definición del supuesto de hecho. Es decir, sería posible que la empresa optase por extinguir todos los contratos de los trabajadores de cincuenta o más años de edad por una causa no inherente a la persona del trabajador, pero no incluirlos en las decisiones de despido colectivo. Con lo cual, en apariencia al menos, la empresa no tendría que realizar la oportuna aportación al Tesoro Público, porque ninguna de las personas afectadas por los despidos colectivos reúne la edad de cincuenta años.

No cabe duda de que una extinción de contratos producida en estos términos tendría una apariencia bastante sólida de actuación fraudulenta por parte de la empresa. Lo cual,

en todo caso, debería ser declarado por el ente público al que se le encomiende la decisión de que haya que realizar la aportación al Tesoro Público. Sobre la identificación de ese ente se volverá más adelante.

Algo diametralmente opuesto sucede con la situación de los trabajadores recolocados en la misma empresa, en otra del grupo, o en cualquier otra empresa, a lo largo de los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de sus contratos de trabajo. En tal caso, en la versión originaria del precepto, dichos trabajadores no se tenían en cuenta, a los efectos de la delimitación del supuesto de hecho. Ahora sí que computan, pero se excluyen del cálculo de la aportación económica, a solicitud de la empresa afectada, los importes de las prestaciones y subsidios que les correspondiesen, siempre que, en el curso del procedimiento, la empresa acredite la recolocación. En realidad, este cambio sistemático tiene escasa importancia, a salvo de que se garantiza, por si alguna duda hubiera antes de la entrada en vigor del RD-ley 3/2012, que en relación con dichos trabajadores no habrá que realizar aportación alguna, ya se incluyan o no en el despido colectivo. Con todo, bueno es añadir que el hecho de que se incluyan debe determinar necesariamente la apertura del procedimiento de aportación económica, por más que al final pueda finalizar con una resolución de que no procede la entrega de cantidad alguna, al menos en cuanto afecta a los mismos.

Ya en referencia a reglas concretas sobre la cuantía, debe destacarse en primer lugar que el importe de la aportación se determinará anualmente. Esto es, no se pagará de una sola vez, sino que habrá que realizar un cálculo con periodicidad anual en el que se incluirán todas las cantidades computables. En concreto, las siguientes:

1. Cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por prestaciones de desempleo de nivel contributivo de los trabajadores de 50 o más años afectados por los despidos, generadas total o parcialmente en virtud de las cotizaciones acreditadas por la empresa que promovió su despido.

Se trata de una regla de interés por dos aspectos: en primer lugar, porque ratifica el esperable criterio de que la aportación se hace depender en su cuantía de las vicisitudes que corra cada prestación de desempleo. Es decir, a la empresa le benefician las situaciones suspensivas y extintivas producidas en aplicación de los arts. 212 y 213 de la LGSS. Y, en general, todas las vicisitudes por las que atraviere la prestación —v.g., compatibilidad con un empleo a tiempo parcial—. Resulta algo dudoso qué sucede cuando el trabajador percceptor de la prestación por desempleo se encuentra en situación de incapacidad temporal, de maternidad o de paternidad, de acuerdo con las diversas reglas del art. 222 de la LGSS. Aparentemente, y con independencia de qué entidad pague el subsidio o en qué cuantía, y, en su caso, las cotizaciones a la Seguridad Social, y con abstracción de que consuma o no el período de duración de la prestación por desempleo, lo cierto es que el beneficiario cobra la protección en concepto de subsidio de incapacidad temporal, de maternidad o de paternidad, de modo que parece que por tales períodos queda exonerado el empresario de la aportación.

En segundo lugar, la regla resuelve el supuesto hipotético de que la duración de la prestación dependa de cotizaciones derivadas de prestación de servicios a diversas empresas, para restarle importancia a esta circunstancia. En todo caso, la empresa que practica el despido colectivo es responsable de la totalidad de la aportación. Es decir, lo determinante

es que se ha generado una situación legal de desempleo derivada de despido colectivo. Y resulta irrelevante el tiempo real de cotización —y por tanto de antigüedad— que el trabajador afectado de cincuenta o más años de edad haya permanecido empleado en la entidad que adopta la decisión extintiva.

2. Cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo por los trabajadores afectados durante el período de percepción de las mismas. Evidentemente, idénticas consideraciones sobre la suspensión, la extinción y las vicisitudes de la prestación de desempleo son aplicables a estas cantidades.

Por lo demás, es evidente que el cálculo de ambos conceptos —por prestaciones y por cotizaciones— debe realizarse a año vencido. Sólo así tiene sentido que pueda hacerse referencia a cantidades efectivamente abonadas.

3. Distinto es el caso de los subsidios por desempleo, que suponen el pago de un canon fijo por cada trabajador que haya agotado la prestación por desempleo. Por consiguiente, no se trata de una aportación anual, ni siquiera en el caso del subsidio para mayores de cincuenta y dos años. Dicho canon tampoco tiene que ver con las cantidades efectivamente percibidas por el trabajador, sino que se calcula mediante la totalización durante un período de seis años de la suma del coste anual del subsidio más el coste de la cotización por jubilación por cuenta de la entidad gestora en el año de agotamiento —se entiende de la prestación contributiva—. El mismo canon fijo —aunque, lógicamente, sin cómputo de unas cotizaciones por jubilación no derramadas— se debe aportar en el caso de subsidios percibidos por trabajadores que, con 50 o más años, han sido objeto de despido colectivo, pero que, por no reunir la cotización suficiente, acceden directamente al subsidio por desempleo a consecuencia de la situación legal de desempleo.

En estos casos del canon fijo, la determinación «anualmente» de la cuantía de la aportación quiere decir sin duda que se pagan en el año en el que se produce la extinción de la prestación contributiva o, en caso de ausencia de ésta, de la propia configuración de la situación legal de desempleo.

A todas estas cantidades se les aplica un tipo, de acuerdo con una escala que tiene en cuenta el número de trabajadores de la empresa, el número de trabajadores de 50 o más años afectados por el despido y el porcentaje de beneficios de la empresa sobre los ingresos. El tipo se extrae de la siguiente tabla, que se incorpora al precepto:

Porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años en relación con el número de trabajadores despedidos	Porcentaje de beneficios sobre los ingresos	Número de trabajadores en la empresa		
		Más de 2.000	Entre 1.000 y 2000	Entre 501 y 999
Más del 35%	Más del 10%	100%	95%	90%
	Menos del 10%	95%	90%	85%
Entre 15% y 35%	Más del 10%	95%	90%	85%
	Menos del 10%	90%	85%	80%
Menos del 15%	Más del 10%	75%	70%	65%
	Menos del 10%	70%	65%	60%

A las tres circunstancias que se toman en consideración, el precepto les añade algún matiz adicional.

En primer lugar, con respecto al porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años sobre el total de trabajadores despedidos, se ha de calcular año a año, dentro del período previsto para la realización de los despidos comunicado a la autoridad laboral. Ha de tenerse en cuenta el número total de ambos colectivos —los que alcancen y los que no alcancen dicha edad— hasta el año en que se efectúa el cálculo. Al respecto, de nuevo hay que criticar la imprevisión de la norma, que da lugar a cierta inseguridad jurídica: da la impresión de que no se deben tomar en consideración las personas de 50 o más años cuyos contratos se extingan en los tres años anteriores o posteriores al despido colectivo por causas distintas a la del art. 49.1.i) del ET. Lo cual resulta muy discutible. Asimismo, parece que no se computan trabajadores menores de esa edad cuyo despido por razones no inherentes a la persona del trabajador sí sería tomado en cuenta a efectos de la aplicación de los umbrales del art. 51. Me parece que el desprecio de ambos colectivos, especialmente del de trabajadores de 50 o más años no incluidos en el expediente, constituye un desacierto de la norma.

Con respecto al cómputo de los beneficios, éstos se deben cuantificar en función de su porcentaje medio respecto de los ingresos obtenidos en los dos ejercicios inmediatamente anteriores a aquel en el que el empresario comunique a la autoridad laboral la apertura del período de consultas previa al despido colectivo. Así expresada la regla, en realidad añade una nueva condición para que sea exigible la aportación económica: no basta con que existan beneficios económicos en los dos años anteriores a dicha comunicación, sino que éstos se mantengan en los años en los que deba realizarse la aportación económica. Dicho en otros términos, aparentemente estará exenta de aportación la empresa o el grupo de empresas que arroje beneficios antes del despido colectivo, pero que no continúe arrojándolos después. Lo cual resulta doblemente preocupante a la vista de que no se define técnicamente en la norma —como sí se hacía en su versión original— en qué consiste tener beneficios.

Y en relación con el número de trabajadores de la entidad, hay que estar a los que se encuentren de alta en la empresa o en el grupo en el momento de comunicarse a la autoridad laboral la apertura del período de consultas que precede al despido colectivo, con independencia de que trabajen a tiempo parcial. En cuanto a los temporales, aparentemente cuentan como los indefinidos, si es que están de alta en la fecha referida. Inversamente, no parece que los trabajadores de empresas de trabajo temporal puestos a disposición deban computar a estos efectos en las empresas usuarias. Por lo demás, el establecimiento de una fecha concreta constituye una opción bastante desacertada, porque la empresa o el grupo pueden ajustar el número de trabajadores a los efectos que le interesen. Por ejemplo, en el caso de que ostenten un número muy próximo a los 500 trabajadores, pueden evitar la aplicación de la norma situándose por debajo de dicho umbral. O, si superan dicha cifra, probablemente les interese que descienda la cifra a los efectos de que el porcentaje aplicable resulte inferior. Hubiera sido mucho más razonable, y mucho más representativo de la realidad material de la entidad, que se hubiera optado por calcular el promedio en un período más o menos prolongado anterior al comienzo del procedimiento de despido colectivo. La fórmula legal resulta especialmente ventajosa para las empresas que hacen un uso muy extensivo de los contratos de trabajo temporales de breve duración.

3. Órgano competente y procedimiento

Se trata de los asuntos en los que el legislador ha guardado silencio y se ha limitado a remitir a la norma reglamentaria. Con esta opción legislativa, realmente las modificaciones introducidas pierden gran parte de su significado. Porque, finalmente, no podrá exigirse aportación alguna hasta que no se apruebe el correspondiente Real Decreto. Especialmente controvertida puede ser la cuestión del órgano competente, pues no resulta fácil de discernir cuál vaya a ser la decisión del Gobierno. Podría pensarse que, en función de la materia, debería corresponderle la decisión a la Dirección General de Empleo, aunque no cabe descartar que pueda optarse por alguna instancia del Ministerio de Economía y Competitividad, a la vista de que la aportación debe efectuarse en favor del Tesoro Público. Con todo, parece lo más apropiado decantarse por la primera alternativa.

Sin que quepa en estas líneas formular mayores comentarios al respecto, sólo es bueno recordar que la Dirección General de Trabajo —antecedente histórico de la Dirección General de Empleo— ha actuado, en términos generales, en materia de regulación de empleo, con criterios que en no pocas ocasiones han resultado excesivamente políticos, en particular con alguna entidad de la que cabría pensar que puede ser destinataria directa de esta norma. En tales condiciones, bueno es preguntarse por qué la reforma de la disposición adicional 16.^a ha obviado tan espinosa cuestión de identificar la autoridad a la que le corresponde resolver la aportación al Tesoro Público. Sin que tampoco merezcan despreciarse las futuras reglas relativas a procedimientos, ejecutividad de la resolución y ejecución, así como al régimen de recursos. Llama la atención el contraste entre las reglas, más o menos minuciosas, relativas al cálculo de la cuantía que debe aportarse y el silencio sobre estos asuntos, que en apariencia revisten el mismo nivel de importancia.

Sí que hay una única regla de procedimiento elevada a rango legal, que se ciñe al caso de despidos que impliquen una cesación total de la actividad en territorio español. Aunque se limita a expresar que podrán adoptarse en tal caso medidas cautelares, de acuerdo con la ley, para asegurar el cobro de la correspondiente deuda, incluso cuando aún no haya sido objeto de cuantificación y liquidación. En realidad, se trata de poco más que una directriz que la disposición adicional dirige a la norma reglamentaria de desarrollo.

En estas condiciones, sólo cabe insistir en la incertidumbre que provoca una reforma tan asimétrica de un precepto que, desde luego, era susceptible de una mucho mayor y mejor concreción. El Real Decreto-ley 3/2012 se ha quedado a medio camino a la hora de configurar un precepto directamente aplicable, por más que haya incluido unas reglas suficientes en tema de cuantificación de la deuda.

IV. CONCLUSIÓN

Una regla más establece el precepto: fija en un 50 por 100 el porcentaje de cantidades recaudadas que, en el ejercicio inmediatamente siguiente, deben consignarse en el presupuesto inicial del Servicio Público de Empleo Estatal al objeto de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de trabajadores de 50 o más años que se encuentren en situación legal de desempleo. Nuevamente, la reforma precisa

una regla que había sido contemplada, en términos más generales, en la versión inicial del precepto.

Esta regla quizá es un exponente claro de los desequilibrios de la reforma: muy precisa en algunos de sus pasajes, más inconcreta en otros, en los que hay que esperar a que se aprueba el correspondiente Real Decreto. Lo cual, desde luego, oscurece los propósitos que persiguió el RD-ley 3/2012, pues desde luego no ha pretendido la inmediata puesta en marcha de este sistema de compensación al Tesoro Público. Se ha dejado por el camino algunas palancas, sobre todo las referidas a aspectos de procedimiento y de órgano competente, absolutamente necesarias para la efectividad de la norma. A este respecto, no se entiende muy bien el «reparto de territorios» entre las cuestiones que se resuelven a nivel de norma con rango de ley y los que se delegan al reglamento. Diríase que no hay un criterio claro en términos de «lo más básico» o «lo más accesorio».

Ello al margen del tema ya comentado de que se omita deliberadamente la definición inequívoca de en qué consiste tener beneficios, al eliminarse la remisión al Plan General de Contabilidad; sin que pueda encontrarse una explicación plausible sobre este asunto, a menos que se trate del poco deseable propósito de que el órgano competente cuente con cierto margen de actuación política. Además, no se regulan aspectos importantes, sobre la definición del grupo de empresas o sobre los efectos de una sucesión del art. 44 ET. Si a todo esto se le añade que el precepto deja, como también se ha apuntado, resquicios suficientes como para que las entidades convenientemente asesoradas puedan sortear la aportación, el resultado puede calificarse de poco conveniente. Pudiera contestarse a este argumento con que existe el límite del fraude de ley. Tal vez. Pero no puede olvidarse que probablemente nadie va a impugnar una resolución que decida no imponer una aportación. O, más sencillamente, el acto tácito de no incoar el oportuno procedimiento.

En este contexto, hay que reclamar la muy urgente necesidad de aprobar un Real Decreto que, por fin, dote de efectividad a la disposición adicional 16.^a de la Ley 27/2011. Entretanto, puede ser una noticia de cierto interés que el Consejo de Ministros haya tomado en consideración el 27 de abril de 2012 un «Anteproyecto de Ley Integral contra el empleo irregular y fraude a la Seguridad Social». Entre otras medidas, en él se incluye la de extender el deber de aportación económica al Tesoro Público a todas las empresas que superen el número de 100 trabajadores. Lo cual, no cabe duda, puede considerarse una iniciativa de interés, tanto desde el punto de vista de disminuir los costes al sistema público de los despidos colectivos, como desde el del mantenimiento del empleo de los trabajadores de edad madura. Pero es importante que esta propuesta no suponga una demora en la efectividad de dicha disposición.

Porque, entretanto, el RD-ley 3/2012 ha incorporado a la Ley 27/2011 una modificación más artificiosa que real. Los objetivos que se han perseguido con la nueva redacción de la disposición adicional dieciséis de dicha ley ordinaria no resultan fáciles de descifrar y no se orientan claramente hacia un objetivo definido. Más bien, hay un panorama bastante claro de que el Gobierno ha pretendido sobre todo dar la impresión de hacer algo en esta materia, para cubrir una apariencia de lucha eficaz contra conductas que pueden considerarse como socialmente poco responsables, máxime en una época crítica como la actual.

Porque, lejos de producir tranquilidad sobre la eficacia de la norma, más bien genera nuevas incertidumbres. El anuncio de una nueva reforma siembra dudas, sobre todo a la vista del retraso en la aprobación de un reglamento que regule los flecos pendientes. Es de temer que, finalmente, se opte por una fecha posterior al 27 de abril de 2011 como la referencial para que todos los despidos colectivos incoados desde entonces se regulen por ella, si concurre el supuesto de hecho. Es verdad que en el RD-ley 3/2012, de 10 de febrero, se ha mantenido. Pero este dato no disipa la sensación de cierta pereza por parte del Gobierno a la hora de aplicar la norma, en particular a ciertas empresas que han realizado conocidos expedientes desde entonces.

LA NUEVA REGULACIÓN DEL PROCESO DE TUTELA EN LA JURISDICCIÓN LABORAL

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

Presidente del TSJ Cantabria

Profesor asociado de Derecho del Trabajo de la Universidad de Cantabria

RESUMEN

La nueva regulación del proceso de tutela en la Jurisdicción Laboral

La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social aspira a convertirse en el garante ordinario de los derechos fundamentales y libertades públicas de empresarios y trabajadores en el ámbito de la relación de trabajo. Con la finalidad de lograr tal objetivo, se incorporan una serie de novedades procedimentales tendentes a reforzar dicha garantía, al tiempo que adapta el procedimiento al nuevo marco competencial de la jurisdicción laboral.

La nueva regulación incorpora una serie de mejoras técnicas, al tiempo que recoge la doctrina sentada en esta materia por los Tribunales ordinarios y por el Tribunal Constitucional, tanto en materia de partes, como en lo referente a la justicia cautelar o a las consecuencias indemnizatorias derivadas de la violación de los derechos fundamentales, entre otras cuestiones relevantes.

Palabras clave: Derechos fundamentales, indemnización de daños y perjuicios, legitimación, medidas cautelares, acoso.

ABSTRACT

The new regulation of the defense process in the labour tribunals

The new law regulating the labour tribunals, seeking to become the guarantor regular fundamental rights and civil liberties of employers and workers in the field of employment. In order to achieve this objective, incorporate a number of procedural innovations designed to strengthen the guarantee, while adapting to the new competence framework procedure for the labour tribunals.

The new regulation incorporates several technical improvements, while includes the doctrine established in this area by the ordinary Courts and the Constitutional Court, both in terms of parts, as in terms of precautionary justice or the consequences arising from indemnity the violation of fundamental rights, among other relevant issues.

Keywords: Fundamental rights, compensation for damages, legitimation, precautionary measures, bullying.

Fecha de recepción: 2/3/2012.

Fecha de aceptación: 2/3/2012.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LAS VÍAS PREVIAS.
- III. LAS PARTES.

1. **Legitimación activa.**
2. **Legitimación pasiva.**
3. **El coadyuvante.**
4. **La intervención del Ministerio Fiscal.**

IV. MEDIDAS CAUTELARES.

V. ACUMULACIÓN DE ACCIONES.

VI. LA DEMANDA.

VII. PRUEBA.

VIII. LA SENTENCIA.

I. INTRODUCCIÓN

El art. 53. 2 CE preveía un procedimiento que, basado en los principios de preferencia y sumariedad, hiciera posible una rápida protección de los derechos fundamentales, señalando que «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección Primera del Capítulo II ante los Tribunales Ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad».

La Ley 62/1978, Ley anterior en un día a la Constitución, estableció una regulación procesal de naturaleza jurídica especial para la protección de los derechos fundamentales, naturaleza especial que radicaba no sólo en el contenido singular de la ley, sino también en las peculiaridades procesales que distinguían a esta ley del resto de los procesos regulados en las diferentes normas procesales. La Ley 62/1978 tenía naturaleza eminentemente procesal y, en definitiva, venía a establecer dentro de los distintos órdenes jurisdiccionales un proceso que, como señalábamos, tenía una naturaleza especial por razones jurídico-materiales.

Los procedimientos establecidos en la Ley 62/1978 debían considerarse provisionales, en tanto se desarrollara el procedimiento previsto en el art. 53.2 CE, que debía basarse, como ya se indicó, en los principios de preferencia y sumariedad para la protección de las libertades y derechos reconocidos constitucionalmente. En este sentido la Disposición Transitoria 2.ª LOTC dispone que, «en tanto no sean desarrolladas las previsiones del art. 53.2 CE, para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales, se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la sección 2 de la Ley 62/1978, a cuyos efectos el ámbito de la misma se extiende a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado art. 53.2 CE».

Conviene empezar por recordar que, el procedimiento establecido en la Ley 62/1978, se aplicó en las jurisdicciones civil, penal y contencioso-administrativa, olvidando toda referencia a la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales.

Esta situación trató de ser paliada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando reconoció a la jurisdicción laboral la posibilidad de conocer de las demandas en

las que se alegaban violaciones de derechos fundamentales en el seno de las relaciones de trabajo. Las sentencias 67/1982, 55/1983 y 47/1985 consideraron el proceso laboral como la vía de acceso para pedir el amparo judicial de los derechos fundamentales en dicho ámbito.

Sentada y reconocida la competencia laboral para la tutela y protección de los derechos fundamentales, aparecía, como segundo problema, el de la determinación del cauce procesal adecuado para dicha tutela, cuestión que pasó desde una inicial posición favorable a la utilización del procedimiento ordinario a la utilización, en su caso, de la modalidad procesal más próxima a la cuestión de fondo controvertida. Esta tesis chocaba, sin embargo, con la falta de adaptación a los principios de sumariedad y preferencia del art. 53.2 CE, por lo que se buscó una solución que incorporara los principios procesales contenidos en la Ley 62/1978.

La Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases del Procedimiento Laboral, reguló, en la base trigésima, una modalidad procesal específica para la tutela de los derechos de libertad sindical. El desarrollo de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral dio lugar al nuevo procedimiento regulado en los arts. 175 y ss. de la LPL, bajo el título «De la tutela de los derechos de libertad sindical».

Es de destacar las disfunciones que tal regulación producía, dada la específica referencia al derecho a la libertad sindical, lo que no impedía que el cauce procesal que estamos examinando sirviera también para la protección del resto de los derechos fundamentales y, singularmente, como medio de reacción frente a conductas discriminatorias, tal y como se encargaba de aclarar el art. 181.1 al referirse a que «Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo».

El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales sufre importantes modificaciones en la LRJS, que empiezan por una mera precisión terminológica de cierta trascendencia, dado que se pasa de acotar la regulación de la tutela a la libertad sindical, y sólo por ampliación al resto de los derechos fundamentales, a dejar claro que la tutela es de «todos los derechos fundamentales y libertades públicas».

Según el art. 177 LRJS «Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios».

Esta previsión concuerda con una de las aspiraciones de la nueva Ley, que se expresa en su Preámbulo, al señalar que «Por otro lado, la unificación de la materia laboral en el orden social convierte también a éste en el garante ordinario de los derechos fundamentales y libertades públicas de empresarios y trabajadores en el ámbito de la relación de trabajo.

Además de la mencionada atracción competencial de los litigios vinculados a la salud y seguridad en el trabajo, se unifica el conocimiento de cualquier otra vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas conectada a la relación laboral, como puede ser el caso del acoso».

Nos encontramos ante un procedimiento de objeto limitado, tal y como se plasma en el art. 176 de la Ley, cuando señala que «El objeto del presente proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad».

La jurisprudencia ha reafirmado el carácter restrictivo del objeto del proceso, afirmando en la STS de 24 de enero de 1996 que «el proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales es de cognición limitada, debiendo ceñirse a la reclamación y comprobación, en su caso, de la lesión o lesiones de los derechos indicados en el art. 53.2 CE», añadiendo que sólo tal limitación justifica «la tutela reforzada del interés jurídico de la parte actora».

Esta limitación determina la inadmisión de la demanda cuando se produzca inadecuación del procedimiento, señalando el art. 179.4 que «Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 81, el juez o tribunal rechazará de plano las demandas que no deban tramitarse con arreglo a las disposiciones de este Capítulo y no sean susceptibles de subsanación, advirtiéndole al demandante del derecho que le asiste a promover la acción por el cauce procesal correspondiente. No obstante, el juez o la Sala dará a la demanda la tramitación ordinaria o especial si para el procedimiento adecuado fuese competente y la demanda reuniese los requisitos exigidos por la Ley para tal clase de procedimiento».

Pero las limitaciones que afectan al proceso que estamos analizando proceden también de la exclusión contemplada en el art. 184 de la propia Ley, cuando señala, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, que «No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 178, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva».

La introducción de este precepto reduce el ámbito de la modalidad procesal en todos aquellos supuestos, que serán los más numerosos, en los que la lesión del derecho fundamental se produce en el seno de una relación jurídica dotada de una modalidad procesal propia.

Este carácter excluyente del precepto había sido objeto de numerosas críticas, entre ellas la que realiza ROMÁN DE LA TORRE, según la cual: «la supresión de garantías procesales que sufre la tutela de un derecho fundamental cuando el conflicto en el que se ha originado es un despido o extinción del contrato, la fijación de vacaciones, una reclamación electoral, la impugnación de un estatuto sindical o la de un convenio colectivo, resulta meridianamente contradictoria no ya con la Ley de Bases, cuya base trigésima no efectuaba distinciones en la protección de la libertad sindical según el conflicto en que se produjera la lesión, sino con el propio art. 53.2 CE, que tampoco introduce ningún elemento que permita pensar en la posibilidad de tutelar con preferencia y sumariedad o sin ellas los mismos derechos fundamentales según los tipos de conflictos en que se lesionen».

Los problemas derivados de la exclusión trataron de ser paliados mediante «la formulación de la denominada tesis integrativa, que predica la necesidad de que a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales le sean de aplicación las mismas garantías sin que puedan resultar perjudicados en ellas según las previsiones de modalidades procesales no definidas por la índole del derecho afectado sino por la del conflicto producido». Las STSJ de Madrid de 31 de julio de 1992 y de Castilla-La Mancha de 25 de octubre de 1993 recogieron tal tesis, que encontró algunas resistencias, por ejemplo en la STS de 25 de noviembre de 1994.

No obstante, la cuestión quedó solucionada con los claros e inequívocos términos en los que se pronunció la STS de 20 de septiembre de 2007, al señalar que «En el plano procesal ha de reconocerse que es regla la de que ninguna acción puede acumularse a las extintivas (art. 27.2 LPL) y que ello representa —en principio— un obstáculo para el ejercicio simultáneo de la acción resolutoria y la resarcitoria. Pero esta aparente dificultad se obvia si se tiene en cuenta que los principios y garantías propios del proceso de tutela de derechos fundamentales por fuerza han de extenderse a los procedimientos —entre ellos, la extinción del contrato— en que aquellos se invoquen, pero que por expresa disposición legal han de tramitarse «inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente» (art. 182 LPL). Ello se mantiene en aplicación de la llamada «tesis integrativa», cuyas elaboraciones van «enderezadas a no fracturar o diversificar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, por referencia a los principios de preferencia y sumariedad establecidos en el art. 53.2 CE (SSTC enero). Y al efecto se ha argumentado también que “cuando el legislador del art. 182 LPL se remite a las modalidades procesales correspondientes al conocimiento de las demandas que allí se citan, lo hace en función justamente de la materia en litigio para una mejor atención de aquélla y por diversas razones que justifican la propia existencia de una distinta modalidad procesal o la extensión del objeto del conocimiento; pero no, desde luego, porque pueda otorgarse a un mismo derecho fundamental una menor garantía jurisdiccional en función de cuál sea el acto o la conducta del que pueda derivarse la lesión que se alega”, para no llegar a resultados absurdos (SSTS 29-06-01 —rcud. 1886/00—; 19/04/05 —rec. 855/04—; y 15/11/05 —rec. 4222/04—)».

De esta forma, aun a pesar de la expresa prohibición de acumulación de acciones establecida en el art. 27.2 LPL, en aquellos supuestos en que la vulneración de derechos fundamentales haya de tramitarse —conforme a la previsión del art. 182 LPL— por una modalidad procesal en principio prohibitiva de acumulación de acciones, la primacía del

derecho fundamental determina que la regla general de inacumulación del citado art. 27.2 LPL haya de ceder frente a la específica de posibilidad acumulatoria prevista en el art. 180.1 LPL, de manera que en el mismo procedimiento cabe reclamar de forma simultánea una indemnización por la resolución del contrato y otra derivada del daño atribuible a la propia infracción del derecho fundamental».

En cuanto a la cláusula de exclusión, la nueva Ley recoge la tesis jurisprudencial de la «transportabilidad» de las «reglas y garantías» de este procedimiento a las modalidades procesales referidas en el art. 184. El art. 178.2 señala que «Cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el artículo 184, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal».

II. LAS VÍAS PREVIAS

La formulación de la demanda en este procedimiento se declara expresamente exenta de la necesidad de intentar la conciliación previa y de interponer la reclamación previa a la vía judicial, esto es, en este tipo de supuestos el actor podrá acudir directamente ante el órgano judicial, dentro de los plazos que con carácter general se establecen para el ejercicio de las acciones laborales.

No obstante lo anterior, se introduce una regla general en materia de plazos, en aquellos supuestos en los que, de acuerdo con el nuevo marco competencial, se trate de utilizar esta modalidad procesal frente a actos de las Administraciones públicas.

Según el art. 70.2 LRJS «No será necesario agotar la vía administrativa para interponer demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas frente a actos de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical, si bien el plazo para la interposición de la demanda será de veinte días desde el día siguiente a la notificación del acto o al transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites; cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa o en actuación en vías de hecho, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, el plazo de veinte días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación contra la inactividad o vía de hecho, o desde la presentación del recurso, respectivamente».

Como, en mi opinión, ocurre en otros supuestos en los que la nueva Ley introduce instituciones y conceptos propios del proceso contencioso administrativo, este precepto resulta problemático y puede plantear dudas interpretativas en su aplicación, en una materia tan sensible como la que afecta a los plazos procesales.

La primera regla que se contiene en el citado precepto no parece, en principio crear mayores problemas. Se trata de aplicar el plazo de veinte días desde el día siguiente a la notificación del acto o al transcurso del plazo fijado para la resolución, lo que nos sitúa, en el caso de la segunda mención, en el campo del silencio administrativo, esto es, habrán de tomarse en consideración las reglas acerca de los plazos máximos establecidos para resolver en cada uno de los procedimientos.

Esta regulación del plazo para acudir a la vía judicial en los casos de silencio administrativo choca con la doctrina general aplicable en el orden contencioso-administrativo, según la cual, en casos de silencio, no existe plazo de impugnación judicial. En efecto, tal y como estableció la STC 117/2008, de 13 de octubre: «no puede calificarse de razonable —y menos aún, con arreglo al principio *pro actione*, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental del art. 24.1 CE— una interpretación que prime los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver expresamente y de notificar con todos los requisitos legales».

En segundo lugar la Ley contempla los supuestos de interposición potestativa de un recurso administrativo.

Conviene recordar ahora el contenido del artículo 116 de la Ley 30/1992, cuando establece:

- «1. Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.
2. No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto».

Consecuentemente, considero que la mención contenida en el art. 70.2 ha de entenderse realizada al recurso de reposición y, siendo esto así, no se entiende por qué se aplica un plazo de veinte días desde la interposición del recurso para acudir a la vía judicial, cuando el plazo del que dispone la Administración para resolver es de un mes.

Mayores problemas plantea la mención a las figuras de la inactividad y las vías de hecho.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, nos encontramos ante vía de hecho administrativa en aquellos supuestos en que la Administración Pública «pasa a la acción sin haber adoptado previamente la decisión que le sirva de fundamento jurídico y en aquellos otros en los que, en el cumplimiento de una actividad material de ejecución, comete una irregularidad grosera en perjuicio del derecho de propiedad o de una libertad pública», y hablan de dos grupos de vía de hecho: la inexistencia o irregularidad sustantiva del acto de cobertura, y la irregularidad o exceso de la propia actividad de ejecución.

En cuanto a la inactividad, la Exposición de Motivos de la LJCA se encarga de señalar su objeto al establecer que se «dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo».

En materia laboral, lo normal es que se produzca la denominada inactividad material, que consiste en que la Administración no lleva a cabo una obligación que le incumbe derivada de un precepto legal o de un acto administrativo.

Una sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de septiembre de 1995 ha insistido en la necesidad de una tutela judicial en los casos de inactividad administrativa, si bien,

como matiza Ángel MENÉNDEZ REXACH, «Para evitar el riesgo de que el control de la inactividad se convierta en un cajón de sastre en el que buscar remedio ante cualquier comportamiento omisivo o puramente pasivo de la Administración, parece necesario subrayar que el control no es admisible ante cualquier tipo de inactividad, sino solamente cuando ésta supone un incumplimiento de sus deberes legales por parte de la Administración. Si no existe tal deber, no habrá incumplimiento ni, por tanto, posibilidad de control».

El primer problema aplicativo puede surgir en el momento de deslindar entre la inactividad de la Administración y el puro silencio administrativo, con los problemas que en orden al plazo de interposición del recurso pudieran plantearse. Sin ánimo de exhaustividad, puede afirmarse que la falta de resolución en procedimientos, cualquiera que haya sido la forma de iniciación (de oficio o a instancia de interesado), no constituye un supuesto de inactividad. En estos casos, la inactividad se combate mediante la institución del silencio administrativo, en cuya virtud se presume la existencia de un acto contra el que los interesados pueden recurrir.

Según la LRJS «el plazo de veinte días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación contra la inactividad o vía de hecho».

Hemos de empezar por señalar que el requerimiento para la cesación de esa vía de hecho sirve para evitar una ulterior acción judicial, dándole a la Administración la oportunidad para enmendar su actuación, que se aparta enteramente de la legalidad, de forma que el requerimiento servirá para solicitar el fin de esa actuación material desprovista de todo apoyo y fundamento legal.

Los problemas, en el caso de la impugnación de la vía de hecho, surgen cuando se trata de determinar cuál es el plazo del que goza el administrado para efectuar la reclamación.

Este mismo problema se planteó en la jurisdicción contencioso-administrativa, dado que la ley guarda silencio sobre el plazo de reclamación o requerimiento. La doctrina ha planteado diversas soluciones. En primer lugar, se ha propuesto la aplicación analógica del plazo de veinte días desde que se inició la vía de hecho, que establece el artículo 46.3 de la LJCA para la interposición directa del recurso contencioso cuando no se formula requerimiento alguno. También se ha sugerido aplicar el mismo plazo (veinte días), pero estableciendo un diferente *dies a quo* para su cómputo, que podrá ser cualquiera de todos aquellos durante los cuales se esté practicando la actuación constitutiva de vía de hecho. Por fin, cabría mencionar un tercer grupo de opiniones, según las cuales no existiría plazo alguno para la formulación del requerimiento, la cual podría efectuarse en tanto se mantenga la situación de vía de hecho.

Igualmente problemática es la determinación de la fecha en la que la inactividad puede ser atacada, aunque lo más apropiado es considerar que tal reclamación puede ejercitarse en cualquier momento, mientras la acción material se encuentre «viva».

III. LAS PARTES

1. Legitimación activa

Establece el art. 177 de la LRJS que «Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u

otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento».

Partiendo del citado precepto, podemos distinguir dos supuestos diferentes, dependiendo de que la lesión del derecho fundamental tenga trascendencia individual o colectiva. En el primer caso la legitimación corresponde en exclusiva al trabajador, con independencia de la posible personación del sindicato como coadyuvante, cuestión a la que luego nos referiremos. En el segundo caso, la legitimación corresponde al Sindicato pues, como afirma la STS de 18 de febrero de 1994, «la dimensión colectiva de la posible discriminación que atenta contra el interés genérico del grupo también es tutelable y su defensa no puede ser ejercitada por un sujeto individual, sino por un sujeto colectivo, como es el sindicato, que es portador de intereses generales según el art. 7 de la Constitución».

La jurisprudencia ha admitido, sin especiales problemas, la legitimación de las secciones y delegados sindicales, si bien ha negado la legitimación de los comités de empresa y delegados de personal (STS de 16 de julio de 1996).

2. Legitimación pasiva

En materia de legitimación pasiva, la novedad esencial, que sigue el criterio sentado tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional (STC 250/2007), consiste en la posibilidad de dirigir la demanda frente a los terceros sujetos causantes de la vulneración del derecho fundamental, no ya sólo empleados de la misma empresa, sino empleados de otra empresa.

En efecto, según el art. 177, este proceso es el adecuado «cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios».

Según la STC 250/2007: «Pues bien, en el caso de autos la Sala apreció la incompetencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la acción dirigida contra el Sr. Steve (sujeto activo del acoso sexual), por ser una cuestión litigiosa que se suscitaba entre dos trabajadores. De este modo, calificando la actuación del demandado como “personal y ajena a la relación laboral”, negó a la recurrente un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, revocando la Sentencia del Juzgado que había declarado la realidad del comportamiento discriminatorio y había ordenado tanto su cese como la indemnización de los daños causados. Aplicando al caso el canon de control anteriormente expuesto, no puede estimarse que la decisión judicial de la Sala resulte razonable, pues supone una interpretación indebidamente restrictiva de los arts. 2 y 181 LPL, que priva a la recurrente de la adecuada tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales si éstos resultan lesionados en el ámbito laboral. Ciertamente, a la vista del relato fáctico, no es razonable desvincular la acción ejercitada del orden social sobre la base de que el comportamiento acosador del trabajador demandado era “una actuación personal y ajena a la relación laboral”.

Tal aseveración no encuentra sustento en el relato fáctico, ya que resultó acreditado que el demandado era supervisor del restaurante del buque en el que la recurrente trabajaba

como camarera e inmediato superior jerárquico suyo, y que el acoso sexual, cuya realidad quedó probada en la instancia, se produjo en conexión directa con la relación laboral, al llevarse a cabo, en primer lugar, con ocasión de la prestación del trabajo de la actora y del ejercicio por el demandado de las funciones inherentes a su cargo y, en segundo lugar, en el centro de trabajo donde uno y otro coincidían en la realización de sus respectivos cometidos. Estando acreditado, además, que el demandado había utilizado su superior posición laboral como chantaje sexual, en tanto en cuanto condicionó la permanencia de la recurrente en su puesto de trabajo o las posibilidades de progreso laboral a la aceptación de sus requerimientos sexuales. En definitiva, no cabe duda de que la recurrente planteó una controversia atribuible a la jurisdicción social y que, al no haberlo apreciado así, la Sala realizó una interpretación del orden material de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales desconociendo el derecho de la actora a la utilización del cauce procesal predeterminado por la ley para recabar la tutela de los derechos fundamentales que se le habrían quebrantado en el ámbito de su relación laboral.

Por otro lado tampoco cabe calificar de razonable la interpretación judicial de la legalidad, al circunscribir el proceso especial previsto en los arts. 175 y ss. LPL a aquellos casos en los que las lesiones constitucionales han sido provocadas única y exclusivamente por el empresario, pues tal interpretación limitaría injustificadamente la defensa de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral, aparte de no encontrar soporte en lo dispuesto en el art. 180 LPL, que, al referirse al contenido de la sentencia dictada en tales procesos especiales, hace referencia a la sanción de las conductas lesivas que provienen tanto del empresario como de cualquier otra persona. Finalmente, la decisión de inadmisión de la Sala tuvo también como efecto adicional la privación a la recurrente de las prerrogativas procesales propias del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, prerrogativas que no habría obtenido en el caso de acudir al orden civil, al que se le remitió para poder obtener una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el acoso, o en el orden penal, en el que sí había formulado denuncia previamente, pero en el que no pudo obtener un pronunciamiento de fondo al haber ocurrido los hechos en un buque con bandera de otra nacionalidad».

En este sentido manifiesta el Preámbulo de la nueva Ley que «En este punto, se pretende asimismo dar respuesta a las exigencias de la doctrina constitucional emanada de la Sentencia del Tribunal Constitucional 250/2007, de 17 de diciembre. Esta sentencia posibilita la extensión competencial del orden social frente a los terceros sujetos causantes de la vulneración de un derecho fundamental e interpreta que también puede ser sujeto activo del acoso el trabajador de una tercera empresa. Corresponde al orden social conocer de cuantas pretensiones se deduzcan al respecto, contra el empresario o contra los terceros citados, puesto que la actuación de éstos se produce en conexión directa con la relación laboral, excluyéndose expresamente por esta Ley la competencia residual que tradicionalmente ha venido asumiendo el orden jurisdiccional civil respecto de litigios sobre daños en cuya intervención haya intervenido alguna persona distinta del directo empresario o empleador».

La Ley sin embargo no acoge el criterio sentado por la STS de 30 de enero de 2008 para que, en situaciones de acoso en las que se identifique en una concreta persona el sujeto acosador, el mismo deba ser necesariamente (y no facultativamente) demandado,

como cuestión de litis consorcio pasivo necesario. En efecto, según el art. 177.4 «Corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare».

Según la citada sentencia: «En los supuestos en que el acoso laboral ha sido llevado a cabo, no por el empresario, sino por un trabajador de la empresa, si se deja fuera del proceso a este trabajador que es, precisamente, el principal responsable del «mobbing», el infractor más directo y propio de los derechos fundamentales, ello no concuerda muy bien con la naturaleza y finalidad esencial de esta modalidad procesal, que no es otra que la tutela de esos derechos fundamentales y la interdicción de toda conducta lesiva de los mismos...».

Las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes ponen en evidencia que en el caso de autos, el litisconsorcio alcanza necesariamente al Encargado de “C., S.A.” a quien la actora imputa la realización de la conducta constitutiva del acoso, pues según tal imputación es el autor real y directo de esa conducta, y por tanto, si los hechos denunciados son ciertos, será el verdadero acosador, el principal vulnerador de los derechos fundamentales de dicha trabajadora. Por ello, es obvio que la acción ejercitada y las pretensiones debatidas en esta litis, afectan de lleno a los derechos e intereses de ese Encargado, de ahí que tales pretensiones para hacerse efectivas, no sólo se han de dirigir contra la empresa, sino también frente a él; pues si así no se hace se infringen los arts. 24-1 y 18-1 de la Constitución. Era necesario, por consiguiente, haber demandado también al citado Encargado protagonista principal de los actos constitutivos del mobbing, según los hechos de la demanda.

Insistiendo en la conclusión que acabamos de expresar, se destaca que en el suplico de la demanda se pide que se dicte sentencia en la que se declare que “la actora ha visto perturbados sus derechos fundamentales y en concreto el derecho a la dignidad, a la integridad física y moral, al honor, a la integridad personal y a la propia imagen, por causa del acoso a que se ha visto sometida en su trabajo”, la cual declaración, si se estima tal pretensión y la sentencia la recoge en su fallo, afecta por completo al referido Encargado, pues se trataría del verdadero autor de esa conducta acosadora».

3. El coadyuvante

Por último, el art. 177.2 regula la figura del coadyuvante al señalar que «En aquellos casos en los que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, podrán personarse como coadyuvantes el sindicato al que éste pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, así como, en supuestos de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado».

Las limitaciones a la actuación del coadyuvante que se desprenden de este precepto se basan en la propia definición de esta figura, en cuanto se considera como tal a la *persona* que interviene en el *proceso* velando por sus intereses legítimos pero en una *posición* su-

bordinada a una de las *partes* principales a la que ayuda de forma instrumental, adhiriéndose a sus pretensiones y sin poder actuar con autonomía respecto de ella.

Como razonó la STC 257/2000, de 30 de octubre de 2000: «Entrando en el fondo de la cuestión enjuiciada, debe recordarse que la Ley Orgánica de Libertad Sindical (en adelante, LOLS) establece en su art. 14 que, en los procesos iniciados por los trabajadores para impugnar como antisindicales determinados actos o conductas, podría personarse como coadyuvante el Sindicato al que aquéllos se encontrasen afiliados, así como cualquier otro que ostentase la condición de más representativo. La previsión legal no se limita a articular una regla de legitimación procesal sino que, antes bien, incorpora esta fórmula de intervención del Sindicato en el proceso dentro del conjunto de disposiciones sobre la tutela de la libertad sindical y la represión de las conductas antisindicales. Concretamente, el texto legal alude a la tutela de aquel derecho recabada mediante el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, tutela que si en 1985 quedaba referida a la Ley 62/1978 (SSTC 65/1982, de 10 de noviembre, 55/1983, de 22 de junio, y 47/1985, de 27 de marzo), desde 1990 se confiere mediante la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, que la redacción vigente de la LPL regula en sus arts. 175 y ss. Así el art. 175.2 del texto legal procesal reproduce literalmente los términos en los que ya se había manifestado la LOLS respecto a la intervención del Sindicato en el proceso como coadyuvante, una intervención adhesiva que viene a sumarse al resto de las numerosas fórmulas arbitradas por el legislador para impulsar la presencia de aquél en los diversos procesos laborales, bien mediante la atribución de una legitimación directa, bien mediante la posibilidad de actuar como representante voluntario.

La indicada intervención del Sindicato le permite defender, en el proceso en el que se impetra la tutela de la libertad sindical, un interés propio que, aun distinto y autónomo del que constituye la pretensión principal solicitada por el trabajador individual, puede verse afectado de modo reflejo por el resultado de dicho proceso. Pero, si esta posibilidad en nada se distingue de la que jurídicamente define la figura del coadyuvante, para el legislador de la Ley Orgánica suponía la articulación procesal de un interés que trasciende el del trabajador que defiende su derecho fundamental como titular individual, dando cabida a la dimensión colectiva de la libertad sindical como derecho igualmente fundamental y básico en la comprensión del sistema constitucional de relaciones laborales. El Sindicato proyecta en esta intervención adhesiva su papel de representante institucional de los derechos e intereses de los trabajadores, repetidamente puesto de relieve por la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 70/1982, de 29 de noviembre, 37/1983, de 11 de mayo, 210/1994, de 11 de julio, y 101/1996, de 11 de junio), un papel que en este caso se reconoce bien al Sindicato al que se encuentra afiliado el trabajador que tutela su derecho, bien a cualquier otro que ostente la condición de más representativo. En todos estos supuestos, el legislador optó por dotar de cauce procesal a un encuentro de intereses y derechos entre el actor principal que solicita la protección de su libertad sindical y los del Sindicato que, en calidad de coadyuvante, interviene no ya en apoyo de la posición defendida por aquél, sino en su propio interés como titular colectivo del derecho fundamental que ha podido padecer.

Desde esta perspectiva, cuando la LOLS reconoció el derecho del Sindicato a intervenir como coadyuvante en los procesos en los que el trabajador individualmente considerado requiere la protección jurisdiccional de su propia libertad sindical, no hizo sino poner a

su disposición un instrumento más de acción colectiva, canalizado en esta ocasión a través del proceso, orientado a reforzar la tutela de un derecho fundamental que contribuye a que el Sindicato pueda ejercer las funciones de representación y defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios, según dispone el art. 7 CE. Por ello que la posible afectación de este derecho no se cuestiona sólo en cuanto regla de legitimación procesal sino como medio de acción del Sindicato (art. 28.1 CE), tal como la jurisprudencia de este Tribunal, con una doctrina que sin esfuerzo alguno resulta igualmente aplicable a este otro supuesto, ha venido destacando desde bien temprano respecto a la legitimación de aquél para instar e intervenir en los procesos de conflicto colectivo (STC 70/1982) y en general para accionar —e intervenir— en todos aquéllos en los que están en juego los intereses colectivos de los trabajadores (STC 101/1996)».

4. La intervención del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal será siempre parte en este procedimiento no sólo para depurar las conductas delictivas, sino también para velar «por la integridad de la reparación de las víctimas».

Señala el art. 177.3 que «El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas».

IV. MEDIDAS CAUTELARES

La cuestión referente a la regulación de las medidas cautelares tiene especial trascendencia por cuanto, tratándose del enjuiciamiento de actos administrativos, aparece con absoluta nitidez el debate entre la inmediata ejecutividad del acto y el derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Supremo, en sucesivos pronunciamientos sobre esta cuestión, ha sido claro al establecer la vinculación de las medidas cautelares con la efectividad de la tutela judicial, y ha afirmado que la institución cautelar no tiene por finalidad propia y directa la de tutelar provisionalmente la posición o situación jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela efectiva al final del proceso, lo que determina que sea el *periculum in mora* el primer y básico presupuesto para la adopción de la medida cautelar (STS de 17 de junio de 1997 y ATS de 16 de junio de 1997).

A estos efectos es necesario hacer referencia a dos sentencias fundamentales, de un lado la STC 238/1992, de 17 de diciembre, y de otro a la sentencia 148/1993, de 29 de abril. En primer lugar se afirma que la justicia cautelar se integra en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 de la CE, afirmando la primera de las sentencias citadas en su FJ 3.º que «La potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde así a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento del órgano judicial; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24.1 de la Constitución) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento».

En cuanto a las medidas cautelares en la nueva Ley, conviene destacar que se amplía la posible suspensión de los efectos del acto impugnado, como medida cautelar, a toda lesión de derecho fundamental, y no exclusivamente cuando incidan en un proceso electoral o al ejercicio de la función representativa o sindical, como en el texto anterior. Por otra parte se establecen reglas específicas en materia de acoso y huelga.

Establece con carácter general el art. 180.2 que «El juez o tribunal podrá acordar la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando su ejecución produzca al demandante perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos».

Esta previsión general sufre una importante restricción, cuando el derecho infringido sea el de libertad sindical, dado que, en tal caso, sólo se podrá deducir la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando las presuntas lesiones impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación.

Consecuentemente, el criterio fundamental a tener en cuenta para la adopción de las medidas cautelares es el del *periculum in mora*, esto es, cuando la ejecución del acto impugnado pudiera hacer perder su finalidad legítima a la demanda, si bien matizada con el criterio de la perturbación grave de los intereses generales o de terceros.

En definitiva, y como regla general para la adopción de medidas cautelares, es posible su adopción, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Debe ser denegada cuando de su adopción pudiera seguirse perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos.

Acerca del alcance e interpretación del criterio del *periculum in mora*, son numerosísimas las resoluciones emanadas de la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, pudiendo citar a título de síntesis la sentencia de 8 de julio de 2003, en la que se viene a recoger la doctrina general sobre la materia, afirmando que: «En cuanto a la invocación del *periculum in mora* procede establecer los siguientes criterios:

a) El art. 130.1 de la Ley 29/1998 revela que el *periculum in mora* sigue siendo el básico elemento cuya concurrencia determina la procedencia de la medida cautelar, pues a ello equivale la nueva dicción legal de que dicha medida «podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso», y su principal novedad consiste en establecer que su apreciación se haga «Previo valoración circunstanciada de los intereses en conflicto».

b) El *periculum in mora*, según su configuración tradicional, en lo que se traduce es en la necesidad de que, al menos indiciariamente, se constate que la ejecución del acto administrativo objeto de impugnación podrá tener una incidencia lesiva sobre los intereses o derechos del recurrente, de tal entidad o naturaleza que, en el supuesto de que la impugnación jurisdiccional tenga éxito, el resultado procesal obtenido resultará inútil para reparar de manera satisfactoria la lesión producida.

c) Ese juicio de ponderación de la nueva fórmula legal lo que revela es que, para que resulte procedente la estimación de un interés particular cuyo sacrificio pueda justificar la medida cautelar, será necesario que su importancia sea contrastada con la de los intereses públicos presentes en la actuación administrativa controvertida, y en esa confrontación sea advertida una superior dimensión en el interés particular».

La Ley introduce una regla especial en materia de huelga, al señalar que «Podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando, en caso de huelga, se impugnen exclusivamente los actos de determinación del personal laboral adscrito a los mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, así como cuando se impugnen los actos de designación del personal laboral adscrito a los servicios de seguridad y mantenimiento precisos para la reanudación ulterior de las tareas. El órgano jurisdiccional resolverá manteniendo, modificando o revocando la designación de personal adscrito a dichos servicios conforme a las propuestas que, en su caso, formulen al respecto las partes».

Conviene recordar ahora que, pese a la pretendida finalidad de lograr la unificación jurisdiccional, continúa el orden contencioso administrativo siendo competente para el conocimiento «De las disposiciones que establezcan las garantías tendentes a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga y en su caso los servicios o dependencias y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin», pero, lo que es importante, «sin perjuicio de la competencia del orden social para conocer de las impugnaciones exclusivamente referidas a los actos de designación concreta del personal laboral incluido en dichos mínimos, así como para el conocimiento de los restantes actos dictados por la autoridad laboral en situaciones de conflicto laboral conforme al Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo».

Por otra parte, cuando la demanda se refiera a protección frente al acoso, así como en los procesos seguidos a instancia de la trabajadora víctima de la violencia de género para el ejercicio de los derechos que le sean reconocidos en tal situación, podrán solicitarse, además, la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquéllas que pudieran afectar al presunto acosador o vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste.

Estas medidas suponen una traslación de las ya previstas en la Disposición adicional séptima de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Respecto del procedimiento, se establece en el art. 180 1 que «En el mismo escrito de interposición de la demanda el actor podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado, así como las demás medidas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia».

Para añadir en su apartado 5: «De haberse solicitado medidas cautelares, dentro del día siguiente a la admisión de la demanda o a la solicitud, el secretario judicial citará a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en el día y hora que se señale dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, comparezcan a una audiencia preliminar, en la que sólo se admitirán alegaciones y pruebas sobre la justificación y proporcionalidad de las medidas, en relación

con el derecho fundamental y el riesgo para la efectividad de la resolución que deba recaer, debiendo aportar la parte solicitante el necesario principio de prueba al respecto. En supuestos de urgencia excepcional, la adopción de las medidas cautelares podrá efectuarse por el juez o Sala al admitirse a trámite la demanda, sin perjuicio de que se celebre ulteriormente la comparecencia prevista en este número».

El órgano judicial resolverá al término de la audiencia sobre las medidas cautelares solicitadas mediante auto dictado de viva voz, adoptando, en su caso, las medidas oportunas para reparar la situación.

Según la STC de 29 de abril de 1993 «El incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, pero sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (*periculum in mora*) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (*fumus boni iuris*) y, de otro lado, valorar el perjuicio que para el interés general acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada».

V. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

Según el art. 26.2 LRJS «Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar en los anteriores juicios, cuando deban seguirse dichas modalidades procesales por imperativo de lo dispuesto en el artículo 184, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas y demás pronunciamientos propios de la modalidad procesal de tutela de tales derechos fundamentales y libertades públicas, conforme a los artículos 182, 183 y 184».

Consecuentemente, se permite que en todas aquellas modalidades procesales en las que expresamente se prohíbe la acumulación pueda reclamarse la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas y demás pronunciamientos propios de la modalidad procesal de tutela de tales derechos fundamentales y libertades públicas.

Esta expresa previsión legal se conecta con una ya reiterada doctrina jurisprudencial.

Según la STS de 17 de mayo de 2006: «En situaciones, como la contemplada en el presente recurso han de valorarse, con separación los daños y perjuicios derivados de la extinción del contrato de trabajo y aquellos otros inherentes a la lesión del derecho fundamental del trabajador que se concretan en el padecimiento psíquico derivado del comportamiento empresarial que genera la extinción contractual.

No es lo mismo la contemplación de una extinción contractual de un trabajador que permanece en situación de sanidad física y mental, de aquella otra en la que, el mismo, queda aquejado de un trastorno psíquico a causa de la conducta empresarial determinante de la extinción contractual operada conforme al art. 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores».

Esta doctrina modificó la mantenida por el Alto Tribunal hasta entonces, a través de la sentencia de 11 de marzo de 2004, en la que, de forma tajante, se negaba toda posible compatibilidad indemnizatoria, al entender que la indemnización laboral por extinción del contrato engloba todo tipo de daños producidos.

Más recientemente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de julio de 2008 estima que el artículo 182 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y su interpretación sistemática no permiten establecer que la única indemnización posible, en los casos de extinción contractual por acoso laboral, sea la establecida en el artículo 50.2, en relación con el 56, del Estatuto de los Trabajadores, pues una cosa es que la tramitación procesal a seguir, con carácter inexcusable, sea la de la extinción contractual y otra muy distinta es que se indemnicen, separadamente, los dos intereses jurídicos protegibles, como así se infiere de lo establecido en el artículo 180.1 del texto procesal laboral mencionado.

Considera el Tribunal que desde el establecimiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006 se debe comenzar a reconocer la posibilidad de compatibilizar las indemnizaciones derivadas de la extinción causal del contrato (50.2 ET) y las del despido con las correspondientes a los daños causados por vulneración de derechos fundamentales (180.1 LPL).

VI. LA DEMANDA

Según el art. 179.2 «La demanda habrá de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública».

Por su parte, el número tres del citado precepto señala: «La demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los *artículos 182 y 183*, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador».

La doctrina jurisprudencial ha establecido que no procede la declaración de inadecuación de procedimiento *a limine litis* (STS de 6 de octubre de 1997), de forma tal que lo decisivo para apreciar la adecuación de la modalidad procesal es que se afirme por el demandante la existencia de violación de un derecho fundamental.

La inadmisión procederá: a) cuando la pretensión ejercitada quede de forma manifiesta fuera del ámbito de esta modalidad procesal, por estar comprendida en alguno de los supuestos del art. 182 de la LPL; y b) cuando el demandante se limite a invocar infracción de una norma de legalidad ordinaria.

VII. PRUEBA

Conforme al art. 1781.2, «En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Pero para que tales principios probatorios tengan eficacia y aplicación, la jurisprudencia constitucional —así las SSTC 114/1989 y 21/1992— rechaza que sea suficiente la mera afirmación de discriminación o lesión de un derecho fundamental, siendo necesario que tal afirmación se refleje en unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación. Así se desprende, con total claridad, la doctrina de la necesidad de aportar tales indicios racionales, de la STC 38/1986, cuando afirma que la inversión de la carga de la prueba ha de coordinarse con el dato de que «es el demandante el principal gestor de su derecho, de ahí que le sea exigible la diligencia suficiente, también en el terreno probatorio, incluso cuando alega la existencia de una discriminación».

En definitiva, es presupuesto para que se produzca la inversión de la carga de la prueba que exista un hecho indiciario de la discriminación, debiendo el demandado probar, en tal caso, que la medida adoptada tiene por sí una justificación objetiva y razonable, y que el acto o la medida guardan proporcionalidad al hecho que los generó.

VIII. LA SENTENCIA

La sentencia, se dictará en el plazo de tres días desde la celebración del acto del juicio.

Según el art. 182, «La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas:

a) Declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes.

b) Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada.

c) Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados.

d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el *artículo 183*».

Consecuentemente, se reproduce el contenido ya clásico de la «cuádruple tutela» en caso de sentencia estimatoria, añadiendo —como novedad y respecto de la pretensión declarativa— el requisito de la especificación de «el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes». De forma tal que el Juez o Tribunal solo podrá identificar en un concreto derecho fundamental la lesión apreciada si antes la ha sometido al debate procesal.

Como afirma la STS de 14 de julio de 1993, nos encontramos ante una sentencia declarativa y de condena. Declarativa porque deberá contener la declaración de la existencia de la vulneración del derecho fundamental, y de condena porque «ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera» .

La regulación de la indemnización merece un artículo propio, el 183, en el que se recoge el mandato de que «el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda al trabajador por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos y libertades fundamentales, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados».

La obligación del juez de reconocer tal indemnización, hasta ahora limitada a cuando el trabajador había sufrido discriminación, se extiende a toda lesión de derechos fundamentales.

De forma novedosa, se habilita expresamente al juez o tribunal, en determinadas circunstancias, a fijar ponderadamente la indemnización: «El Tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta en la medida de lo posible en la integridad de su situación anterior a la lesión así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño».

La STC 247/2006 otorgó el amparo solicitado por un trabajador, miembro del Comité de empresa, al que la empleadora le prohibía acudir a las reuniones del Comité, le trasladó sin causa a un nuevo puesto de trabajo y le rebajó de forma injustificada la jornada laboral, con la subsiguiente reducción del salario.

El Tribunal Constitucional entendió que «denegar la indemnización y considerar que basta con la mera declaración de nulidad de la conducta debe estimarse insuficiente para reparar el derecho vulnerado, que queda así desprotegido ante la nimiedad de la reparación otorgada y su desproporción con la lesión sufrida lo que torna en casi estéril su denuncia en un proceso judicial, en casi gratuita su conculcación (...) La exigencia jurisprudencial de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada y asimismo de acreditar en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria debe entenderse cumplida en el presente caso. El demandante expuso detalladamente en su demanda rectora de autos la conducta antisindical de la que venía siendo víctima de manera prolongada en el tiempo por su activismo sindical en defensa de los derechos e intereses del colectivo de profesores de

religión y moral católica al que pertenece, conducta que le ha ocasionado tanto perjuicios económicos perfectamente cuantificables (reducción de jornada laboral con la consiguiente reducción salarial) como daños morales para su imagen y dignidad como representante sindical, de más difícil cuantificación pero cuya realidad no puede negarse pues, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, resulta patente que un trabajador que, como el recurrente, es sometido a un trato discriminatorio derivado del ejercicio de funciones sindicales en defensa de sus compañeros de trabajo, de la intensidad y duración en el tiempo del que ha quedado acreditado en el relato de hechos probados, 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. La denegación sin motivación razonable de cualquier indemnización a un trabajador que ha sufrido por parte de una Administración pública un comportamiento lesivo de su derecho de libertad sindical de la índole, intensidad, reiteración y duración en el tiempo del analizado, limitando los efectos del procedimiento de tutela a la declaración de nulidad de la conducta vulneradora, no puede considerarse suficiente para lograr una reparación real y efectiva del derecho fundamental vulnerado, que queda por ello desprotegido».

No obstante, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2009 parece continuar con la línea rígida al sostener que «Esta Sala ha establecido que: “no basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización (...) para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”».

Por último la Ley establece que, cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal, no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.

SOLUCIÓN DE CONFLICTOS INDIVIDUALES LABORALES FUERA DE JUICIO EN MÉXICO

MARÍA AURORA LACAVEX BERUMEN

Doctora en Derecho. Profesora de tiempo completo, adscrita a la Facultad de Derecho-Mexicali, de la Universidad Autónoma de Baja California (México)

YOLANDA SOSA Y SILVA GARCÍA

Doctora en Derecho. Profesora de tiempo completo, adscrita a la Facultad de Derecho-Mexicali, de la Universidad Autónoma de Baja California (México)

JESÚS RODRÍGUEZ CEBREROS

Doctor en Derecho. Profesor de tiempo completo, adscrito a la Facultad de Derecho-Mexicali, de la Universidad Autónoma de Baja California (México)

RESUMEN

Solución de conflictos individuales laborales fuera de juicio en México

Los conflictos individuales laborales que inciden en las relaciones individuales de trabajo deben ser resueltos a satisfacción de las partes contendientes y con plena seguridad jurídica. La solución de estos conflictos puede ser a través de sistemas públicos o privados. En México se regula únicamente el sistema público, que puede ser ante autoridades administrativas del trabajo o autoridades jurisdiccionales del trabajo. No se prohíbe acudir a sistemas privados, ni que las partes resuelvan sus conflictos directamente. Pero argumentos de orden procesal llevan a exigir que se acuda ante la autoridad jurisdiccional del trabajo competente, a efecto de que estos acuerdos tengan valor probatorio pleno. Por lo anterior, se hace necesario reformar la Ley Federal del Trabajo.

Palabras clave: Conflictos individuales laborales, solución, sistemas públicos y privados, valor probatorio, reforma laboral.

ABSTRACT

Individual labor dispute settlements out of court in Mexico

The individual labor disputes that affect individual labor relations must be resolved to the satisfaction of the disputing parties and with full legal security. These conflicts can be resolved through public or private systems. In Mexico, only the public system is regulated, which may be through labor administrative or judicial authorities. It is not forbidden to go to private systems, or for the parties to resolve their disputes directly. But procedural arguments have come to demand that they present themselves to the competent jurisdictional authority so that these agreements have full evidentiary value. Therefore, it is necessary to reform the Federal Labor Law.

Keywords: Individual labor disputes, solution, public and private systems, probative value, labor reform.

Fecha de recepción: 29/12/2011.

Fecha de aceptación: 30/01/2012.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS OBRERO-PATRONALES.
 - 1. **Clasificación de los conflictos del trabajo.**
 - A) Individuales o colectivos.
 - B) Por su naturaleza.
 - 2. **Medios de solución de los conflictos de trabajo.**
 - A) Directamente por las partes.
 - B) Con intervención de terceros.
 - C) Mediante juicio.
 - D) Exteriorización de los conflictos del trabajo.
- III. NORMATIVIDAD INTERNACIONAL.
- IV. SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS OBRERO-PATRONALES INDIVIDUALES EN MÉXICO.
 - 1 **Sistemas de solución.**
 - 2. **Autoridades administrativas del trabajo.**
 - A) Secretaría del Trabajo y Previsión Social.
 - B) Procuraduría de la Defensa del Trabajo.
 - C) Inspección del Trabajo.
 - 3. **Autoridades jurisdiccionales del trabajo.**
- V. INICIATIVAS PARA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS OBRERO-PATRONALES EN MÉXICO.
 - 1. **Presentación.**
 - 2. **Trámite.**
- VI. ASPECTOS JURÍDICOS Y PROCESALES.
 - 1. **Acuerdos.**
 - 2. **Formalización.**

CONCLUSIÓN.

FUENTES CONSULTADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Por conflicto de trabajo se alude a las fricciones que pueden surgir en las relaciones de trabajo⁽¹⁾. La expresión conflicto se deriva del Latín *conflictus*, que tiene su origen en *confligere*, que significa combatir, luchar, pelear⁽²⁾.

La terminología del artículo 123 Constitucional supone el contenido de los conflictos como controversia, choque, etc., estableciendo como sinónimos los vocablos conflictos o diferencias. La fracción XX, del Apartado A, establece que «las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo...» y la fracción XXI expresa que «Si el patrono se negare a someter sus diferencias al arbitraje...».

Los conflictos del trabajo se han presentado a lo largo de toda la historia de la humanidad⁽³⁾. Son de mencionarse, en los siglos anteriores al Cristianismo, los conflictos que Plutarco cita producidos en el seno de las corporaciones atenienses. Se recuerdan de igual forma una constitución de Zenón, inserta en el Código, y otra de Justiniano, que se refieren a coaliciones de patronos y artesanos.

En el antiguo Egipto, en el siglo XII a.C., en el reinado de Ramsés III, se menciona que los trabajadores se sentaban en la arena y se negaban a todo movimiento, si no se les entregaban cincuenta sacos de grano mensualmente.

En Roma destacan las luchas sociales, cuyo objetivo era terminar con el sistema esclavista, dirigidas por Espartaco entre 73 a.C. y 71 a.C. Espartaco fue un esclavo tracio, que se considera fue uno de los que dirigió la rebelión más importante suscitada contra la República romana, la misma que se denomina III Guerra Servil, Guerra de los Gladiadores o Guerra de los Esclavos⁽⁴⁾.

En los siglos finales de la Edad Media se produjeron rebeliones contra la autoridad pública, que revelan choques entre patronos y trabajadores. En 1245 los tejedores de Douai exigieron el retiro de una tasa sobre las telas, llegándose al asesinato de varios patronos y otros burgueses. En 1280, los obreros de Yprés exigieron la anulación de nuevos reglamentos de fabricación. Se registraron sublevaciones de los campesinos, como la de la «Jacquerie», en 1358.

Pero estos movimientos eran, más que exigencias para la mejora de aquellos de una misma profesión o clase, rebeldías que protestaban contra las agravaciones de sus condiciones.

El 4 de agosto de 1791 se expide en Francia la Ley Chapelier, que condenó las coaliciones, tanto patronales como obreras. No se admitía la representación de intereses que

(1) Cfr. TRUEBA URBINA, Alberto, *Nuevo Derecho Procesal del Trabajo*. Editorial Porrúa, México, 1973, p. 178; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Luis y CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Tratado de Política Laboral y Social*. Tomo II. Editorial Heliastra, Buenos Aires, 1972. p. 140; DE BUEN LOZANO, Néstor, *Derecho Procesal del Trabajo*, Editorial Porrúa, México, 1988. p. 77.

(2) ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Luis y CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Obra citada, p. 139.

(3) Cfr. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Luis y CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. Obra citada, pp. 143 y ss.; CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Derecho de los Conflictos Laborales*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1966, pp. 21 y ss.

(4) Si bien la supresión de la esclavitud no se alcanzó, la rebelión de Espartaco puso en marcha una serie de procesos socioeconómicos que, a lo largo del tiempo, dieron por resultado la caída de Roma.

sirviera de intermediaria entre el Estado y los ciudadanos. El principio de libertad contractual quedaba así formalizado, derivado del liberalismo económico. El salario y otras condiciones laborales se estipulaban individualmente entre cada patrón y cada trabajador, por lo que formalmente debían desaparecer los conflictos de trabajo.

La Ley Chapelier siguió muy de cerca el decreto de Allarde de 2 y 17 de marzo, también de 1791, que abolía los gremios y establecía la libertad de ejercer una actividad profesional⁽⁵⁾. Este ordenamiento jurídico fue abrogado por la Ley Ollivier, que abolía el delito de asociación.

En la primera mitad del siglo XIX surge en Francia el sindicalismo revolucionario. Es una corriente sindical histórica en la cual el sindicato se constituye en la instancia para proteger a los trabajadores, tanto de los patrones como del Estado, así como para organizar la vida productiva y administrativa de la sociedad. Fue una expresión real, que posteriormente se convierte en la doctrina de la huelga general revolucionaria como sistema de acción de carácter político.

El Código de Napoleón, de 1810, determinó que las coaliciones debían considerarse como delito, disposición que estuvo vigente hasta 1864.

II. SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS OBRERO-PATRONALES

La vida en sociedad, por necesidad, debe desarrollarse dentro de un régimen de Derecho. No es posible pensar en el ser humano en una relación con sus semejantes sin que se regule por disposiciones jurídicas, cuyos destinatarios, por lo general, las cumplen voluntariamente. Pero en la hipótesis de desacatamiento, las normas jurídicas crean los sistemas para lograr su cumplimiento, aun en contra de la voluntad del obligado. Pero este incumplimiento se supera no solamente a través de la fuerza, sino que se permite que las partes en conflicto encuentren la solución, ya sea por sí mismas o con el apoyo u orientación de terceros⁽⁶⁾.

Las relaciones obrero-patronales en México no escapan a la posibilidad de que se presenten conflictos, por lo que estos pueden preverse o solucionarse a través de dos vías: en los sistemas públicos y en los sistemas privados.

Se entiende por conflictos del trabajo «las controversias que pueden presentarse en las relaciones laborales»⁽⁷⁾. También se conceptualizan como: «... las diferencias que se suscitan entre trabajadores y patrones, solamente entre aquellos o únicamente entre estos, en ocasión o con motivo de la formación, modificación o cumplimiento de las relaciones individuales o colectivas de trabajo»⁽⁸⁾. Los conflictos individuales «son aquellos que

(5) Antecedente remoto del vigente artículo 5.º Constitucional, que contiene la libertad de trabajo.

(6) DE BUEN LOZANO, Néstor. Obra citada, p. 91.

(7) SANTOS AZUELA, Héctor. Voz: «Conflicto de Trabajo», en *Diccionario de Derecho del Trabajo*, Coordinador: José Manuel LASTRA LASTRA, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 46.

(8) DE LA CUEVA, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, México, 1961, p. 729.

afectan únicamente los intereses de orden particular, independientemente del número de personas que pudieran tener intervención»⁽⁹⁾. Los conflictos colectivos «son aquellos que trascienden al interés profesional, también con independencia del número de participantes que intervengan»⁽¹⁰⁾.

1. Clasificación de los conflictos del trabajo⁽¹¹⁾

A) *Individuales o colectivos*

Son individuales cuando surgen entre el trabajador y el patrón a propósito de un contrato de trabajo. Son colectivos cuando se originan entre una coalición obrera o sindicato y uno o varios patrones. Esta clasificación se establece por los sujetos que intervienen en el conflicto, por lo que podrán ser obrero-patronales, interobreros o interpatronales.

B) *Por su naturaleza*

Pueden ser jurídicos o económicos. Son jurídicos cuando afectan en un contrato de trabajo alguna de sus estipulaciones o incidencias y es al Derecho, y con soluciones jurídicas, que corresponde resolverlos. Son económicos cuando atañen a la producción, en virtud de que en ellos juegan intereses de esta índole entre las partes contendientes.

Debe destacarse que la naturaleza del conflicto o sus variantes nada tiene que ver con el carácter del órgano jurisdiccional que interviene en la solución.

2. Medios de solución de los conflictos de trabajo⁽¹²⁾

A) *Directamente por las partes*

- a) *Pago*. Se cumplen por el patrón y el trabajador las obligaciones de que se trate.
- b) *Transacción*. Las partes se hacen concesiones recíprocas, para terminar un conflicto.
- c) *Convención*. Se crean, transfieren, modifican o extinguen obligaciones de las partes, para dar lugar a una nueva relación jurídica.

B) *Con intervención de terceros*

- a) *Conciliación*. Es la avenencia que, sin necesidad de juicio, tiene lugar entre las partes, que discuten acerca de sus derechos, en un caso concreto, para evitar un juicio, ante un tercero, ajeno e imparcial, que no propone solución alguna.

(9) SANTOS AZUELA, Héctor. Obra citada, p. 46.

(10) *Ibidem*.

(11) Cfr. TRUEBA URBINA, Alberto. Obra citada, p. 181 y ss.; DE BUEN LOZANO, Néstor. Obra citada, p. 81 y ss.; DE LA CUEVA, Mario. Obra citada, p. 728 y ss. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Obra citada, p. 57.

(12) DE BUEN LOZANO, Néstor. Obra citada, pp. 93-102.

b) *Mediación*. Es la institución jurídica que exige la presencia de un tercero, el cual desempeña una función activa, proponiendo una solución a las partes.

c) *Arbitraje*. En México, en materia laboral, el arbitraje no tiene las características que puede tener en otras disciplinas.

En la práctica, los conciliadores suelen actuar como mediadores, sugiriendo soluciones.

C) *Mediante juicio*

a) *Ante jueces ordinarios o extraordinarios*. En México, esta posibilidad quedó descartada a partir de la vigencia del artículo 123 Constitucional, desde 1917.

b) *Ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje*. Son órganos jurisdiccionales, que pertenecen al Poder Ejecutivo, creados por el Constituyente de Querétaro⁽¹³⁾.

D) *Exteriorización de los conflictos del trabajo*⁽¹⁴⁾

a) *Sin suspensión de trabajo*.

b) *Con suspensión de trabajo*.

c) *Por iniciativa de los trabajadores: huelga*.

d) *Por iniciativa de los patrones: cierre o paro*.

III. NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó el 1.º de julio de 1949 el Convenio 98, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva. El Senado mexicano no ha ratificado este Convenio.

En el artículo 1, punto 1, dispone que los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. En el artículo 2, punto 1, establece que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.

La OIT adoptó en la sesión del 19 de junio de 1981, celebrada en Ginebra, el Convenio 154, sobre la Negociación Colectiva⁽¹⁵⁾. Este Convenio ha sido ratificado por 40 Naciones, pero no por México.

A los efectos de este Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una

(13) TRUEBA URBINA, Alberto. Obra citada, pp. 221-228.

(14) <<http://www.oag.org/ddse/espanol/documentos/00vegaconflictos.doc>>, 8 de diciembre de 2010.

(15) <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdsp1.htm>>, 22 de diciembre de 2009.

organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

Establece también que en la medida en que no se apliquen por medio de contratos colectivos, por laudos arbitrales o por cualquier otro medio conforme a la práctica nacional, las disposiciones del Convenio en comento deben ser aplicadas por medio de la legislación nacional. Dispone también que deben adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva.

Este organismo internacional adoptó las Recomendaciones⁽¹⁶⁾ 92, sobre la Conciliación y el Arbitraje Voluntarios, en 1951; 130, sobre el Examen de Reclamaciones, en 1957; y 163, sobre la Negociación Colectiva, en 1981.

La OIT adoptó el Convenio 158, sobre la terminación de las relaciones de trabajo, el 22 de junio de 1982. Antecedente de este Convenio es la Recomendación 119, de 1963. México no ha ratificado este Convenio.

En el artículo 4 establece que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. En el numeral 5 señala las causas en virtud de las cuales no procede terminar la relación de trabajo. El artículo 6, expresamente, dispone que la ausencia temporal al trabajo, por motivo de enfermedad o lesión, no constituye causa justificada de terminación de la relación de trabajo.

Establece también el derecho del trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo de recurrir contra la misma, ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro, el cual podrá ordenar la readmisión del trabajador y ordenar el pago de una indemnización.

Ninguna de estas normas internacionales se ha tomado en consideración para reformar las disposiciones laborales mexicanas.

IV. SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS OBRERO-PATRONALES INDIVIDUALES EN MÉXICO

1 Sistemas de solución

Los conflictos individuales del trabajo pueden solucionarse a través de dos vías: en los sistemas públicos y en los sistemas privados.

En México se regula únicamente el sistema público para la solución de los conflictos de trabajo.

(16) <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>>, 22 de diciembre de 2009.

La justicia laboral se imparte en el fuero federal y en el fuero local, de conformidad con lo establecido en los artículos 40 y 123, apartado A, fracción XXXI de la Constitución Política del país, y en los artículos 527, 528 y 529 de la Ley Federal del Trabajo.

Las autoridades administrativas del trabajo son, en materia federal, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, por conducto tanto de la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo como la Inspección Federal del Trabajo, por mandato de la Ley Federal del Trabajo.

En materia local, es decir, en las entidades federativas, lo son las autoridades equivalentes, cuya denominación puede variar por lo que hace a la Secretaría.

Las autoridades jurisdiccionales del trabajo son las Juntas Federales de Conciliación y la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, así como las Juntas Locales de Conciliación y las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje.

2. Autoridades administrativas del trabajo

A) Secretaría del Trabajo y Previsión Social

Corresponde a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, con fundamento en lo dispuesto por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, artículos 1, 2, 26 y 40, así como a las dependencias equivalentes en las entidades federativas del país, entre otras funciones, la de vigilar y aplicar las disposiciones contenidas en el artículo 123 Constitucional y en la Ley Federal del Trabajo.

B) Procuraduría de la Defensa del Trabajo

La Procuraduría de la Defensa del Trabajo se regula en los numerales 530 a 540 de la Ley Federal del Trabajo, tanto la Procuraduría Federal, creada en 1929, por acuerdo de la entonces Secretaría de Comercio, Industria y Trabajo⁽¹⁷⁾, como las procuradurías locales.

En la federación se trata de un órgano desconcentrado de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social⁽¹⁸⁾, que tiene, entre otras funciones, la de representar y asesorar a los trabajadores y sus sindicatos, ante cualquier autoridad siempre que se trate de la aplicación de las normas laborales, así como de, en su caso, interponer los recursos procedentes. Particularmente, es de destacarse que debe proponer a las partes las soluciones amistosas para el arreglo de sus conflictos. Los servicios se prestan, salvo los casos de excepción establecidos en la Ley, a petición de parte.

El Reglamento de la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo⁽¹⁹⁾ (PROFEDET) regula en el artículo 4 las facultades que le corresponden.

(17) HERNÁNDEZ, Gustavo, «Mecanismos de Asesoría y Representación de Trabajadores y Sindicatos en la PROFEDET». Presentación en *power point*. <www.naalc.org/UserFiles/File/.../2_Gustavo_Hernandez_es.ppt>; 31 de diciembre de 2010.

(18) Y sus equivalentes en las entidades federativas del país.

(19) DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 14 de diciembre de 1999.

De especial importancia son la de orientar y asesorar a los trabajadores, a sus sindicatos y a sus beneficiarios sobre derechos y obligaciones laborales y la de recibir de los mismos quejas sobre el incumplimiento o violaciones de las normas laborales y la de representarlos en juicio.

Los servicios que presta la Procuraduría son gratuitos, por disposición del artículo 25 del Reglamento.

El Procedimiento ante la Procuraduría se regula en el Reglamento en el Capítulo V, artículos 25 a 39, y se divide en Asesoría, Conciliación y Defensoría. Estas actividades corresponde coordinarlas al Subprocurador General de Conciliación y Defensoría y se ejecutan directamente por los Procuradores Auxiliares.

La asesoría consiste en proporcionar a los trabajadores, su sindicato o beneficiarios orientación jurídica gratuita respecto al contenido y alcance de las normas del trabajo y de previsión y seguridad sociales, ya sea de manera personal, por teléfono, correo o cualquier otro medio de comunicación, para prevenir o resolver conflictos laborales.

La conciliación consiste en resolver, a través de juntas de avenimiento o conciliatorias, los conflictos entre patrones y trabajadores y demás sujetos de la relación laboral, a efecto de preservar los derechos que la Ley consagra a favor de los trabajadores.

Si las partes llegan a un resultado que resuelva el conflicto, a partir de la propuesta de solución amistosa que hubiese presentado el Procurador Auxiliar, se levantará el acta autorizada correspondiente. En caso de que no se alcanzara un acuerdo entre las partes, también se levantará acta. Estas actas tienen valor probatorio pleno.

La defensoría consiste en representar y patrocinar a los trabajadores, sus sindicatos o beneficiarios ante los órganos jurisdiccionales, administrativos y cualquier institución pública o privada, en los conflictos que se susciten con motivo de las relaciones de trabajo o se deriven de ellas, y en la interposición de todos los recursos legales, al igual que, en su caso, el juicio de amparo, en defensa de sus derechos.

La Procuraduría podrá determinar si en un asunto que se le ha presentado, hecho el estudio correspondiente, no procede el ejercicio de acción legal alguna. De igual forma podrá determinar que no procede asesorar o representar a quien hubiese solicitado sus servicios, si, entre otras causales, se le proporcionan datos falsos, se desatienden dos o más citatorios o se desatienden indicaciones.

La PROFEDET cuenta con 48 procuradurías federales y auxiliares en el país, diez y seis en la zona Norte, diez y siete en la Zona Centro y quince en la Zona Sur. Está encabezada por un Procurador general, que cuenta con el apoyo de tres subprocuradores generales: de Asesoría y Apoyo Técnico, de Conciliación y Defensoría y de Asuntos Foráneos, y una Secretaría General Administrativa.

Con el propósito de acercar y mejorar el servicio prestado por la PROFEDET, a partir de junio de 2008 inició el proyecto de la Procuraduría Móvil en la Zona Metropolitana del Valle de México, recorriendo, entre otras, localidades como Naucalpan, Cuautlán, Chalco, Xochimilco, Hixquilucán, Texcoco, Ecatepec, Tultepec.

A noviembre de 2009, se concluyeron a nivel federal 8.624 conciliaciones y tuvieron resolución favorable 5.115 asuntos, con lo que se recuperó un monto de 185,9 millones de

pesos, en favor de los trabajadores. El índice de conflictos resueltos a través de la Conciliación y la Mediación en la PROFEDET fue del 59,5%⁽²⁰⁾.

Por lo que respecta a los juicios resueltos favorablemente por la PROFEDET, se concluyeron 12.904 y se resolvieron 10.954, con lo que se recuperó para los trabajadores 1.729,2 millones de pesos⁽²¹⁾.

A agosto de 2010⁽²²⁾, la PROFEDET obtuvo beneficios económicos por 1.533,8 millones de pesos para los trabajadores y sus beneficiarios; por medio de convenios de conciliación se obtuvieron 110,7 millones de pesos; los juicios resueltos favorablemente promovidos por la PROFEDET ante la junta Federal de Conciliación y Arbitraje fueron 10.473.

A septiembre de 2010⁽²³⁾ se dieron, por la Procuraduría de la Defensa del Trabajo del Distrito Federal (PDTDF), 8.381 asesorías; 3.671 pláticas conciliatorias; en relación a participación de utilidades, se dieron 747 asesoría y, en relación a menores trabajadores, 69; se recuperaron, en beneficio de mujeres trabajadoras, \$14.962.417,59; se celebraron 2.771 convenios conciliatorios; en conflictos laborales se recuperaron \$56.430.314,88, entregados por laudos condenatorios y mixtos; se celebraron un total de 12.824 audiencias en la Junta Local de Conciliación y Arbitraje, patrocinadas por la PDTDF, en 8.575 juicios.

C) Inspección del Trabajo

La Inspección del Trabajo se regula en la Ley Federal del Trabajo, en los artículos 540 a 550.

Le corresponde, entre otras, las siguientes funciones: vigilar el cumplimiento de las normas de trabajo; facilitar información técnica y asesorar a los trabajadores y a los patrones sobre la manera más efectiva de cumplir las normas de trabajo; poner en conocimiento de las autoridades las deficiencias y las violaciones a las normas de trabajo que observe en las empresas y establecimientos.

En materia federal, el Reglamento General para la Inspección y Aplicación de Sanciones por Violaciones a la Legislación Laboral⁽²⁴⁾, lo mismo que es de aplicación en todo el territorio nacional, tiene por objeto reglamentar la Ley Federal del Trabajo en relación al procedimiento y la forma de ejercicio para la práctica de visitas de inspección y la aplicación de sanciones por violaciones a la legislación laboral.

Establece en el artículo 8 que los inspectores tienen, entre otras, las siguientes obligaciones: vigilar el cumplimiento de las disposiciones en materia de trabajo; levantar las actas en las que se asiente el resultado de las inspecciones efectuadas o aquellas en las que se hagan constar los hechos que las impidieron; proponer alternativas que favorezcan el mejor entendimiento entre los trabajadores y patrones, cuando así se lo soliciten estos, a fin de

(20) <<http://profedet.stps.gob.mx:75/profedet/>>, 17 de diciembre de 2009.

(21) *Ibidem*.

(22) <http://www.profedet.gob.mx/profedet/profedet_graf.html>, 28 de septiembre de 2010.

(23) <http://www.styfe.df.gob.mx/wb/styfe/informe_de_gestion_enero_septiembre_2010>, 28 de septiembre de 2010.

(24) DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 6 de julio de 1998.

buscar la armonización de sus intereses; denunciar ante el Ministerio Público competente los hechos que se susciten o conozcan en las diligencias de inspección, cuando los mismos puedan configurar algún delito previsto en la Ley.

Las inspecciones se practican en los centros de trabajo de conformidad con lo dispuesto por los numerales 12 a 27 del Reglamento. Las visitas pueden ser iniciales, periódicas y de comprobación.

La práctica de una vista de inspección puede ordenarse, entre otros motivos, si la autoridad laboral tiene conocimiento, por cualquier conducto, de posibles violaciones a las normas del trabajo, incluidas las normas oficiales mexicanas; si de la documentación revisada se detectan posibles irregularidades laborales; si se presentan accidentes de trabajo.

Los inspectores para practicar las visitas deben entregar previamente un citatorio en el centro de trabajo de que se trate, por lo menos con veinticuatro horas de anticipación. Deben entregar el oficio de comisión a la persona con quien se entienda la diligencia e identificarse plenamente con credencial oficial.

Los patrones están obligados a permitir a los inspectores el acceso a todas las áreas de la empresa o establecimiento y otorgar todo tipo de facilidades para el desahogo de la diligencia.

De toda visita de inspección se debe levantar acta circunstanciada con la asistencia del patrón o su representante, de los trabajadores y dos testigos propuestos por la parte patronal.

El procedimiento para la aplicación de sanciones, derivadas de los resultados de las visitas de inspección, inicia con la entrega a la autoridad competente del acta y su correspondiente valoración y calificación.

Si de esta valoración y calificación se desprende la violación a normas del trabajo y, consecuentemente, la procedencia de la aplicación de alguna sanción, se citará al patrón a que haga valer las defensas, excepciones y ofrezca las pruebas que considere pertinentes.

Recibidas las pruebas, se dictará resolución, fijándose la sanción procedente, según lo disponen los artículos 992 y siguientes de la Ley Federal del Trabajo.

Los patrones pueden impugnar estas resoluciones de conformidad con las normas que regulan el procedimiento administrativo, federal o local, según sea el caso.

La Inspección del Trabajo no es una autoridad laboral exclusiva de México.

Bastan como ejemplo la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española, que es considerada como un servicio público para la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social y la exigencia de las responsabilidades pertinentes⁽²⁵⁾. Se regula en la Ley 42/1997, de 14 de noviembre⁽²⁶⁾.

Las funciones principales que le corresponden son: la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas sociales, tanto legales como reglamentarias, y las pactadas colec-

(25) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*. Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 1130 y ss.

(26) BOE núm. 274.

tivamente; la asistencia técnica a trabajadores y empresarios; y el arbitraje, mediación y conciliación en conflictos del trabajo⁽²⁷⁾.

También la Inspección del Trabajo argentina, que se regula por la Ley 25.877, Ley de Ordenamiento Laboral, específicamente en el título «Administración del Trabajo»⁽²⁸⁾. Se crea el Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDITYSS), que tiene como función principal el control y fiscalización del cumplimiento de normas del trabajo y de la seguridad social.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha expedido diversos Convenios y Recomendaciones relativos a la Inspección del Trabajo.

En 1947 se aprobó el Convenio 81, sobre la Inspección del Trabajo, convenio que no ha sido ratificado por México.

La Parte I del Convenio se refiere a la Inspección del Trabajo en la Industria. Entre las disposiciones de este Convenio son de destacarse el artículo 2, que señala que el sistema de inspección del trabajo en los establecimientos industriales se aplicará a todos los establecimientos a cuyo respecto los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, y que la legislación nacional podrá exceptuar de la aplicación del presente Convenio a las empresas mineras y de transporte, o a partes de dichas empresas.

Particularmente es interesante el artículo 3.1, que dispone que el sistema de inspección estará encargado de: velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones; facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales; y poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes.

Este Convenio 81 se complementa con la Recomendación 81, sobre la Inspección del Trabajo de 1947. Establece las funciones preventivas de los servicios de inspección del trabajo. En relación a los conflictos del trabajo, se recomienda que las funciones de los inspectores del trabajo no incluyan las de conciliador o árbitro en conflictos del trabajo.

También en el año de 1947 se aprobó la Recomendación 82, sobre la Inspección del Trabajo (minas y transporte).

El Convenio 129, sobre la Inspección del Trabajo (agricultura), fue aprobado en 1969. El Senado mexicano no ha ratificado este Convenio.

(27) MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2002, p. 254 y ss.

(28) TOPET, Pablo Armando, «La Inspección del Trabajo en la República Argentina. Un informe general y algunas reflexiones», en *Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/6/art/art8.pdf>>, 1 de enero de 2011.

Es de destacarse el artículo 4, que señala que el sistema de inspección del trabajo en la agricultura se aplicará a las empresas agrícolas que ocupen trabajadores asalariados o aprendices, cualesquiera que sean la forma de su remuneración y la índole, forma o duración de su contrato de trabajo.

Este Convenio se complementa con la Recomendación 133, sobre la inspección del trabajo (agricultura), aprobada en 1969.

3. Autoridades jurisdiccionales del trabajo

Las Juntas Federales de Conciliación y las Juntas Locales de Conciliación, que se integran de forma tripartita, actúan como instancias conciliatorias potestativas para trabajadores y patrones y como autoridad jurisdiccional si las prestaciones reclamadas no exceden del importe de tres meses de salario.

Las Juntas de Conciliación y Arbitraje tienen su origen más remoto en los órganos franceses conocidos como *Consejos de Hombres Prudentes* que fueron creados para la resolución de asuntos de carácter individual. También se inspiraron en la forma fascista respecto de la Magistratura del Trabajo, la cual fue impuesta en *La carta de Trabajo* en los años veinte del siglo pasado en la Italia de Mussolini, formato que fue repetido posteriormente en Alemana, Portugal, Francia y España. En México tiene su origen en el estado de Yucatán, en 1915, al crear el gobernador Salvador Alvarado un Consejo de Conciliación y un Comité de Trabajo⁽²⁹⁾. También son antecedentes de las Juntas de Conciliación y Arbitraje las Juntas municipales, mineras, agrícolas e industriales, creadas en la ley del trabajo del estado de Jalisco de 1915⁽³⁰⁾.

La Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, integrada también de forma tripartita, es competente para conocer de los asuntos a que alude el artículo 527 de la Ley Laboral; tiene competencia en todo el país y funciona en Pleno o en Juntas Especiales, las que se establecerán en circunscripciones territoriales que al efecto se determinen.

Las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje funcionan en las entidades federativas y son competentes para conocer de los asuntos que, por exclusión, no sean federales. En cada entidad federativa se determina si funciona una o varias, las cuales trabajan en Pleno y en Juntas Especiales.

El Reglamento Interior de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje⁽³¹⁾ establece en el artículo 1.º que es un Tribunal, de plena jurisdicción, de composición tripartita, integrada por igual número de representantes de trabajadores y patrones y uno del gobierno, de conformidad con la fracción XX del Apartado A del artículo 123 Constitucional, que tiene a su cargo la tramitación y resolución de los conflictos de trabajo que se susciten entre

(29) KURCZYN VILLALOBOS, Patricia y otros, *La Justicia Laboral, administración e impartición*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 255.

(30) DE BUEN UNNA, Carlos, «Los Tribunales de Trabajo en México», en *¿Hacia un nuevo Derecho del Trabajo?*, Patricia KURCZYN VILLALOBOS, Coordinadora. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 96.

(31) DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 17 de noviembre de 2000. Reforma, Diario Oficial de la Federación, 20 de febrero de 2002.

trabajadores y patrones, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos, derivados de las relaciones de trabajo o de hechos relacionados con ellas, y su competencia está determinada por la fracción XXXI del apartado A del artículo 123 Constitucional y por el artículo 527 y demás relativos de la Ley Federal del Trabajo.

El procedimiento laboral se regula en la Ley Federal del Trabajo, en el Título Catorce, en veinte capítulos, abarcando de los artículos 685 al 938. El capítulo XVII, artículo 870 y siguientes, regula el procedimiento ordinario ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje; el capítulo XIX regula los procedimientos de los conflictos colectivos de naturaleza económica; el capítulo XX regula el procedimiento de huelga. En todos casos se privilegia la conciliación entre las partes.

V. INICIATIVAS PARA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS OBRERO-PATRONALES EN MÉXICO

1. Presentación

En las Legislaturas LVII, LVIII, LIX, LX y LXI se han presentado 371 iniciativas a diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo⁽³²⁾. De estas iniciativas relacionadas con las autoridades del trabajo en comento son de mencionarse:

1.1. El C. Diputado Roberto Ruiz Ángeles, en representación de los grupos parlamentarios del Partido Revolucionario Institucional, del Partido Acción Nacional y del Partido Verde Ecologista de México, presentó iniciativa de reformas a la Ley Federal del Trabajo, que se publicó en la Gaceta Parlamentaria de 20 de enero de 2003.

Por lo que hace a la Procuraduría de la Defensa del Trabajo se reforma el artículo 531 para sustituir «*Jefe del Departamento del Distrito Federal*» por «*Jefe de Gobierno del Distrito Federal*».

Por lo que se refiere a la Inspección del Trabajo, propone reformar los numerales 540, 541, 542, 544, 546, y 547, para sustituir la expresión «*patrón*» por la de «*empleador*», así como el 549, para sustituir «*Jefe del Departamento del Distrito Federal*» por «*Jefe de Gobierno del Distrito Federal*».

1.2. En la Gaceta Parlamentaria del 15 de marzo de 2005 se publicó la iniciativa de reforma a la Ley Federal del Trabajo, presentada por el C. Diputado Jesús Martínez Álvarez, del grupo parlamentario de Convergencia.

Propone adicionar la fracción III del artículo 530 a efecto de que la Procuraduría de la Defensa del Trabajo esté facultada para «*la celebración de convenios entre las partes, a los que se les pueda dar el valor que tendrían como si hubieran sido celebrados ante el órgano jurisdiccional competente*».

(32) LVII Legislatura, 17 iniciativas; LVIII Legislatura, 23 iniciativas; LIX Legislatura, 104 iniciativas; LX Legislatura, 107 iniciativas; LXI Legislatura, al 3 de febrero de 2011, 68 iniciativas.

1.3. El 26 de abril de 2005 se publicó en la Gaceta Parlamentaria la iniciativa presentada para reformar la Ley Federal del Trabajo, por el C. Diputado Jesús Martínez Álvarez, del grupo parlamentario de Convergencia.

Propone que se reforme el primer párrafo del artículo 987, que establece que si patrón y trabajador llegan a un acuerdo fuera de juicio y celebran un convenio solicitando de las Juntas de Conciliación o de Conciliación y Arbitraje su aprobación y ratificación y «... *una vez situados en la etapa de cumplimentación, los convenios celebrados se harán cumplir en un plazo máximo de 60 días naturales, contados a partir de su ratificación por las partes*».

1.4. La C. Diputada Mayela Quiroga Tamez, del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, presentó iniciativa de reforma a la Ley Federal del Trabajo, que fue publicada en la Gaceta Parlamentaria del 26 de abril de 2005.

Se busca reformar los artículos 625, 632, 637, 644, 646, para incluir la figura de los *Conciliadores*. También se adicionan los numerales 627 bis, para establecer los *requisitos que deben cumplir los conciliadores*, el 641 bis, para incluir las *faltas especiales de los conciliadores*, y la fracción V del 645, para incluir las *causas especiales de destitución de los conciliadores*.

1.5. En la Gaceta Parlamentaria del 22 de febrero de 2006 se publicó la iniciativa de reformas a la Ley Federal del Trabajo, presentada por la C. Diputada Jacqueline Guadalupe Argüelles Guzmán.

Se pretende adicionar la fracción II del artículo 546, para establecer como requisito para ser inspector del trabajo *haber terminado el bachillerato o sus equivalentes*, en lugar de la secundaria, como es vigente.

1.6. El C. Diputado Pablo Franco Hernández, integrante del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, presentó iniciativa de reformas para modificar el último párrafo de la fracción XXXI, del Apartado A del artículo 123 Constitucional, diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y los artículos 512 A, 512 B, 512 D y 512 E, las fracciones VI del artículo 523, IV del artículo 529 y V del artículo 540, el artículo 545, la fracción II del artículo 546, y los artículos 549 y 550; se adicionan un segundo párrafo al artículo 509, una fracción VI al artículo 540 y un último párrafo al artículo 546; y se deroga la fracción IV del artículo 546, todos de la Ley Federal del Trabajo, misma que se publicó en la Gaceta Parlamentaria del 21 de junio de 2006.

Propone la creación del *Instituto Federal para la Inspección del Trabajo*.

1.7. El C. Diputado José Antonio Almazán González, integrante del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, presentó iniciativa de reformar diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, que fue publicada en la Gaceta Parlamentaria del 20 de julio de 2007.

Por lo que hace a la Inspección del Trabajo, se busca reformar los numerales 540, creándose una nueva fracción V; 541, fracciones II, V y VI y VIII nueva; 542, fracción III; y 545 de la Ley Federal del Trabajo.

El propósito de esta iniciativa es que la Inspección del Trabajo: *proporcione a los sindicatos, trabajadores y patronos la información técnica con la que cuenten, incluyendo el*

acceso a las actas levantadas; esté facultada para visitar las empresas y establecimientos durante las horas de trabajo, diurno o nocturno, previa identificación; haga las visitas referidas con la participación sindical en la empresa o establecimiento respectivo; cuente con atribuciones para entrar libremente y sin previa notificación, a cualquier hora del día o de la noche, en todo establecimiento o empresa sujetos a inspección.

1.8. En la Gaceta Parlamentaria del 19 de noviembre de 2008 se publicó iniciativa de reformas a diversos numerales de la Ley Federal del Trabajo, presentada por la C. Diputada Ana Yurixi Leyva Pinón, del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática.

En relación a la Inspección del Trabajo, pretende reformas el artículo 350, relativo a las atribuciones de los inspectores del trabajo, para que estén facultados *para vigilar el cumplimiento de las normas protectoras del salario, de manera que no se disminuya por los ofrecimientos incumplidos en promociones establecidas por el patrón.* De igual forma se busca reformar el numeral 541 *para que vigilen el cumplimiento de las normas protectoras del salario, de manera que no se disminuya éste por los ofrecimientos incumplidos en promociones establecidas por el patrón, entre otras.*

1.9. En la Gaceta Parlamentaria del 4 de marzo de 2010 se publicó la iniciativa presentada por el C. Diputado Amador Monroy Estrada, integrante del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, para reformar la Ley Federal del Trabajo, para quedar como Código Federal del Trabajo y Código Federal de Procedimientos del Trabajo.

Por lo que hace a la Procuraduría de la Defensa del Trabajo y la Inspección del Trabajo, se establecen en la propuesta de Código Federal de Procedimientos del Trabajo, *no se propone modificación alguna*, reproduciéndose literalmente las disposiciones vigentes.

1.10. El 18 de marzo de 2010 se publicó en la Gaceta Parlamentaria la iniciativa de reformas a la Ley Federal del Trabajo, que presentaron los Diputados que conformaban el grupo parlamentario del Partido Acción Nacional.

En relación a la Procuraduría de la Defensa del Trabajo, propone la adición del artículo 530 bis a efecto de regular la citación a patrones o sindicatos. También se propone reformar al numeral 531, para sustituir «*Jefe del Departamento del Distrito Federal*» por «*Jefe de Gobierno del Distrito Federal*». En el artículo 533 se propone que los procuradores auxiliares deben contar con *título de abogado* y en el numeral 533 bis se establece que el personal jurídico de la Procuraduría *está impedido de actuar como asesor o apoderado de patrones en asuntos particulares en materia laboral.*

Con referencia a la Inspección del Trabajo se propone la modificación de la fracción VI del numeral 541 y la adición de la fracción VI bis del mismo a efecto de sustituir la disposición de «*sugerir*» por la de «*disponer*» en relación a la eliminación de defectos en instalaciones y métodos de trabajo y ordenar, previa consulta con la Dirección General de Inspección Federal del Trabajo, *la aplicación inmediata de medidas de seguridad en el trabajo.* También se propone que los inspectores del trabajo *deben haber terminado el bachillerato o equivalente* en la fracción II del artículo 546, y sustituir en la fracción III del numeral 549 «*Jefe del Departamento del Distrito Federal*» por «*Jefe de Gobierno del Distrito Federal*».

1.11. El C. Diputado Francisco Hernández Juárez, integrante del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, presentó iniciativa de reformas a la Ley Federal del Trabajo, la misma que se publicó en la Gaceta Parlamentaria del 20 de abril de 2010.

En relación a la Procuraduría de la Defensa del Trabajo propone reformar el artículo 530, fracción I, a efecto de que los asuntos en los que puede intervenir sean de naturaleza individual o colectiva, adicionar la fracción II bis⁽³³⁾ para *asesorar a los trabajadores en el ejercicio de su libertad sindical o integración de sindicatos, si así lo solicitan*. Se propone adicionar un artículo 530 bis, a efecto de que la procuraduría esté facultada para *citar patronos o sindicatos a juntas de avenimiento y para imponer multas en caso de no asistir*. En el numeral 532 se propone modificar la fracción II, a efecto de que el Procurador General acredite *cinco años* de práctica profesional, y no tres, como se regula actualmente. En el numeral 533 se incluye la obligación para los Procuradores Auxiliares de tener *título de Licenciado en Derecho*.

1.12. En la Gaceta Parlamentaria de la H. Cámara de Diputados, se publicó el 26 de junio de 2010 la iniciativa de reformas al último párrafo de la Fracción XXXI, del Apartado A, del artículo 123 Constitucional, así como a diversos numerales de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Federal del Trabajo y de la Ley del Seguro Social, presentada por el grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática.

Tiene como propósito crear el *Instituto Federal para la Inspección del Trabajo, como organismo público autónomo, con independencia en sus decisiones y funcionamiento, con personalidad jurídica y patrimonio propios*.

1.13. Los Diputados del grupo parlamentario del Partido de Revolucionario Institucional presentaron iniciativa de reformas a la Ley Federal del Trabajo, la misma que se publicó en la Gaceta Parlamentaria de la H. Cámara de Diputados del 15 de diciembre de 2010.

Con referencia a la Procuraduría de la Defensa del Trabajo, se propone una modificación a la fracción II del artículo 530, adicionando a la función de la procuraduría de interponer recursos ordinarios y extraordinarios procedentes, para la defensa del trabajador o sindicato, *«así como ofrecer pruebas idóneas en los juicios que patrocinen, solicitando el apoyo de las autoridades, cuando el trabajador no pueda cubrir los honorarios»*⁽³⁴⁾.

Por lo que se refiere a la Inspección del Trabajo se propone una modificación a la fracción II del artículo 546, a efecto de que para ser inspector del trabajo, se deba haber terminado la preparatoria o equivalente, en lugar de la secundaria, como se regula actualmente.

2. Trámite

Ninguna de estas iniciativas ha sido aprobada por el Congreso de la Unión, es decir, el proceso legislativo está inconcluso.

(33) Que extrañamente se coloca antes que la fracción II.

(34) Desde el punto de vista de la técnica legislativa, se considera que esta adición es no solamente superflua, sino inútil, en virtud de que lleva implícita, al promover cualquier recurso, la obligación de ofrecer pruebas y, por disposición de la propia Ley, los servicios de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo son gratuitos.

VI. ASPECTOS JURÍDICOS Y PROCESALES

1. Acuerdos

Por lo general, trabajadores, sindicatos y patrones, asesorados por sus abogados, después de agotar pláticas amistosas y llegado a un acuerdo satisfactorio, directamente o con intervención de terceros, que pueden ser de los sistemas públicos o privados, los mismos que no se regulan en México, pero que no se prohíbe su funcionamiento, comparecen ante la Junta de Conciliación o ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, local o federal o, según la competencia de que se trate, para ratificar los acuerdos a los que llegaron.

Estas formas de solución de los conflictos del trabajo se encuentran acotadas por lo dispuesto en el artículo 123 Constitucional, Apartado A, Fracción XXVII, incisos g) y h), y el artículo 5.º de la Ley Federal del Trabajo, que establecen que la renuncia a los derechos de los trabajadores se tienen lisa y llanamente por no puestos, es decir, la autoridad laboral jurisdiccional se cerciorará de que no exista renuncia del trabajador a los derechos generados; en el supuesto de que así fuere, no aprobará el convenio de que se trate.

2. Formalización

Adicionalmente a lo indicado en el punto que antecede, se tiene una razón de ser de carácter procesal.

Si se tratase de conflictos individuales, éstos concluyen con la firma de la renuncia del trabajador y con la firma de un documento anexo, denominado finiquito, en el cual se hace constar que el trabajador recibió un determinado monto por conceptos diversos y que el patrón no le adeuda cantidad alguna por prestaciones laborales a las que tiene derecho, lo que no necesariamente corresponde a la realidad.

Lo anterior no impide que el trabajador ejercite ante la Junta de Conciliación o ante la Junta de Conciliación y Arbitraje que considere competente las acciones que cree son procedentes, iniciándose así un juicio laboral, regulado por las disposiciones aplicables, en particular las que se refieren al ofrecimiento y desahogo de las pruebas y su valor probatorio.

Por lo anterior, los documentos privados, como son la renuncia y el finiquito, deben ser ofrecidos como prueba por el patrón en el proceso laboral. Para su perfeccionamiento deberán ser ratificados en su contenido y firma por quienes los redactaron y suscribieron, que pueden ser el actor, el demandado o los testigos. Para el caso de desconocimiento de la firma, deberá ofrecerse y desahogarse la pericial grafoscópica y caligráfica.

Esta situación deja en desventaja a las partes; al patrón, en la eventualidad de que el actor o los testigos desconozcan el contenido o la firma del documento de que se trate. Al trabajador, porque ante el desconocimiento del patrón de la firma, deberá asumir el pago de honorarios del perito. Solamente en el caso del perito tercero en discordia es la autoridad jurisdiccional la que cubre los gastos que se generen. Ambas partes quedan sujetas a las posibles contingencias que se llegasen a presentar en juicio, particularmente el patrón, que pueden ser desde no comparecer oportunamente a la audiencia y que la demanda quedara contestada en sentido afirmativo, hasta que los testigos no se presentaran a la audiencia, o que, el patrón, sin asistencia de su abogado, confesara expresamente haber despedido al trabajador.

Si se tratara de un acuerdo en el cual el patrón se comprometiera a entregar diversas cantidades en diferentes fechas futuras e incumpliera, para poder ejecutarlo también debe agotarse el procedimiento laboral correspondiente.

Por el contrario, si el acuerdo al que llegasen las partes se ratifica ante la Junta de Conciliación o ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, el convenio se eleva a la categoría de cosa juzgada, y como tal puede ofrecerse como excepción en el juicio o exigirse su ejecución.

Lo anterior con fundamento en lo dispuesto por el artículo 987 de la Ley Federal del Trabajo, que establece que cuando trabajadores y patrones lleguen a un convenio o liquidación de un trabajador, fuera de juicio, podrán concurrir ante las Juntas de Conciliación, de Conciliación y Arbitraje y las Especiales, solicitando su aprobación y ratificación, en los términos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 33 del mismo ordenamiento, que dispone que es nula la renuncia que los trabajadores hagan de los salarios devengados, de las indemnizaciones y demás prestaciones que deriven de los servicios prestados, cualquiera que sea la forma o denominación que se le dé y que todo convenio o liquidación, para ser válido, deberá hacerse por escrito y contener una relación circunstanciada de los hechos que lo motiven y de los derechos comprendidos en él. Será ratificado ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, la que lo aprobará siempre que no contenga renuncia de los derechos de los trabajadores.

Muchos contratos colectivos de trabajo contemplan algún órgano de naturaleza, por lo general paritaria, que tiene atribuciones para conocer, tramitar y resolver conflictos del trabajo. Suele denominárseles Comisión de Conciliación y Resolución. En algunos casos su intervención es potestativa y en otros obligatoria, especialmente para el patrón, pero aun en estas hipótesis los acuerdos a los que se llegase pueden ser incumplidos, y para exigir su ejecución deben ser sometidos a ratificación ante la autoridad jurisdiccional del trabajo.

CONCLUSIÓN

Por lo anteriormente expuesto, la posibilidad de regular mecanismos alternativos de conciliación y arbitraje, de naturaleza individual, dentro de los mismos centros de trabajo o como organismos particulares, no debe ser descartada. Pero resulta indispensable simplificar y facilitar estos procedimientos, y especialmente darles valor probatorio pleno a los acuerdos a los que se llegue, no solamente ante autoridad administrativa del trabajo, sino ante entidades privadas, libremente elegidas por las partes. Lo anterior solamente se alcanzará reformando la Ley Federal del Trabajo.

FUENTES CONSULTADAS

Bibliográficas

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Luis y CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Tratado de Política Laboral y Social*. Tomo III. Editorial Heliastra, Buenos Aires, 1972.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Derecho de los Conflictos Laborales*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1966.

DE BUEN LOZANO, Néstor, *Derecho Procesal del Trabajo*, Editorial Porrúa, México, 1988.

- DE LA CUEVA, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, México, 1961.
- KURCZYN VILLALOBOS, Patricia y otros, *La Justicia Laboral, administración e impartición*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2002.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.
- TRUEBA URBINA, Alberto, *Nuevo Derecho Procesal del Trabajo*, Editorial Porrúa, México, 1973.

Hemerográficas

- DE BUEN UNNA, Carlos, «Los Tribunales de Trabajo en México», en *¿Hacia un nuevo Derecho del Trabajo?*, Patricia KURCZYN VILLALOBOS, Coordinadora. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- TOPET, Pablo Armando, «La Inspección del trabajo en la República Argentina. Un informe general y algunas reflexiones», en *Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/6/art/art8.pdf>>, 1 de enero de 2011.

De consulta periódica

- BOE núm. 274.
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. Diversas fechas.
- GACETA PARLAMENTARIA. CÁMARA DE DIPUTADOS. Diversas fechas.
- SANTOS AZUELA, Héctor. Voz: «Conflicto de trabajo», *Diccionario de Derecho del Trabajo*, Coordinador José Manuel LASTRA LASTRA, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.

Informáticas

- HERNÁNDEZ, Gustavo, «Mecanismos de Asesoría y Representación de Trabajadores y Sindicatos en la PROFEDET». Presentación en *power point*. <www.naalc.org/UserFiles/File/.../2_Gustavo_Hern_andez_es.ppt>, 31 de diciembre de 2010.
- TOPET, Pablo Armando, «La Inspección del Trabajo en la República Argentina. Un informe general y algunas reflexiones», en *Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/6/art/art8.pdf>>, 1 de enero de 2011.
- <http://www.styfe.df.gob.mx/wb/styfe/informe_de_gestion_enero_septiembre_2010>, 28 de septiembre de 2010.
- <<http://profedet.stps.gob.mx:75/profedet/>>.
- <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdsp1.htm>>.
- <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdsp1.htm>>.

Normativas

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Federal del Trabajo.

Revista de Derecho del Trabajo

Justicia Laboral

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO

Primera parte

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. SUPREMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.
2. ELECCIÓN DE LA NORMA APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO.
 - A) **Contrato de trabajo con elemento extranjero.**
 - B) **Principio de especialidad normativa.**
3. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE DERECHO DEL TRABAJO.
 - A) **Sometimiento del convenio colectivo a las reglas antidiscriminatorias.**
 - B) **Inconstitucionalidad de las leyes y responsabilidad patrimonial del Estado.**
4. LEY Y CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO.
 - A) **Leyes sociales imperativas y principio de irretroactividad normativa.**
 - B) **Convenio colectivo: márgenes de actuación ante la ley.**
 - C) **Ámbito del convenio colectivo.**
5. AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y DERECHO DEL TRABAJO.
 - A) **Reglamentos de régimen interior y pactos individuales en masa.**
 - B) **Condición más beneficiosa.**
 - C) **Finiquito: valor liberatorio.**
6. VALOR CUASINORMATIVO DE LAS SENTENCIAS DE CONFLICTO COLECTIVO.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas recogidas en los números 12/2011, 1/2012 y 2/2012 de la Revista *Información Laboral*.

1. SUPREMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La supremacía del derecho de la Unión Europea sobre las regulaciones internas de los países miembros, y las maneras en virtud de las cuales la referida supremacía se hace efectiva —forzando en primer lugar al juez nacional a buscar una interpretación de la norma interna conforme a las previsiones comunitarias, permitiendo el efecto directo de estas cuando se cumplen ciertas condiciones, o haciendo en todo caso posible la indemnización del daño que comporta la contravención del derecho comunitario por las disposiciones de los Estados— es la cuestión que se aborda centralmente en la **STJUE de 24 de enero de 2012, IL J 16/2012**.

Se trataba en este caso de una trabajadora que había estado en situación de baja durante más de un año por haber sufrido un accidente *in itinere* y a la que la empresa denegó su petición de disfrute de vacaciones en virtud de una norma interna francesa según la cual las vacaciones anuales retribuidas quedaban supeditadas a la realización de trabajo efectivo para la empresa durante diez días (o un mes) dentro del periodo de devengo de las vacaciones. La cuestión que plantea el órgano jurisdiccional francés es si la norma interna que impone los periodos mínimos de trabajo efectivo resulta conforme con la Directiva 2003/88/CE sobre ordenación del tiempo de trabajo, en la que se establece que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales» y también que «el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral» (art. 7).

Planteada así la cuestión, el TJUE resuelve en esta sentencia que efectivamente resulta contraria al art. 7 de la Directiva 2003/88/CE una norma nacional en la que el disfrute de las vacaciones se condiciona a periodos de trabajo efectivo durante el año en supuestos en los que el trabajador no ha podido completar tales periodos por encontrarse en situación de baja por accidente. Ahora bien, también dice la sentencia que antes de nada el juez interno debe buscar con todos los medios hermenéuticos a su alcance una interpretación de las normas internas que las haga acordes con las exigencias de la norma comunitaria. Sólo cuando la vía interpretativa no fuera posible, por conducir la misma a un resultado evidentemente *contra legem*, podrá darse aplicación a la norma comunitaria. En el caso enjuiciado esta posibilidad resulta factible en la medida en la que el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE cumple los requisitos de efecto directo que exige el derecho comunitario para su aplicación por el juez nacional. El hecho de que la empresa para la que se prestan los servicios tenga además el carácter de entidad pública supone que no se planteen inconvenientes de eficacia horizontal, pues el efecto vertical no sólo opera cuando los particulares contienden con la Administración como autoridad sino también cuando se oponen a esta en su condición de empleador laboral.

Concluye de este modo la sentencia diciendo que (1) «el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que supediten el derecho a vacaciones anuales retribuidas a la existencia de un tiempo de trabajo efectivo mínimo de diez días o de un mes durante el período de

devengo de tales vacaciones»; (2) «incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno (...) y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por ese Derecho a fin de garantizar la plena efectividad del artículo 7 de la Directiva 2003/88 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta, si puede efectuar una interpretación del Derecho interno que permita asimilar la baja del trabajador a causa de un accidente *in itinere* a alguno de los supuestos que la norma nacional reputa trabajo efectivo»; (3) «si tal interpretación no fuese posible, incumbe al tribunal nacional comprobar si, habida cuenta de la naturaleza jurídica de las partes demandadas en el procedimiento principal, puede invocarse frente a ellas el efecto directo del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88»; (4) «en caso de que el órgano jurisdiccional nacional no pueda alcanzar el resultado previsto en el artículo 7 de la Directiva 2003/88, la parte perjudicada por la no conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión podrá invocar, no obstante, la sentencia Francovich para obtener la reparación del daño sufrido».

2. ELECCIÓN DE LA NORMA APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO

A) Contrato de trabajo con elemento extranjero

Sobre la ley aplicable a un contrato de trabajo con elemento extranjero se pronuncia la **STJUE de 15 de diciembre de 2011**, IL J 1417/2011. Como es sabido, las reglas de Derecho Internacional Privado previstas para resolver problemas de ley aplicable cuando los países implicados —como en este caso— son miembros de la Unión Europea, aparecen en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales. Tras aludir a las reglas comunes a cualquier tipo de contrato («ley elegida» por los contratantes o en su defecto ley del país con la que el contrato presente «vínculos más estrechos») (arts. 3 y 4), el Convenio de Roma destina reglas especiales para la determinación de la ley aplicable a los contratos de trabajo con elemento extranjero, básicamente con la finalidad de que la funcionalidad de protección del trabajador no quede disuelta por la aplicación de estas reglas.

Tales reglas especiales aparecen recogidas en el art. 6 del Convenio de Roma que establece que «no obstante lo dispuesto en el artículo 3 (reglas generales de derecho aplicable), en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la Ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la Ley que sería aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo». Y este apartado dispone que «no obstante lo dispuesto en el artículo 4 (vínculo más estrecho) y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá: (a) por la Ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal, haya sido enviado a otro país; o (b) si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un mismo país, por la Ley del país en que estuviere situado el establecimiento que le hubiere contratado», todo ello —se termina diciendo— «a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga lazos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la Ley de este otro país».

En el caso de un trabajador contratado por una empresa de Luxemburgo, pero que venía prestando servicios de hecho para una empresa belga, y que tras la extinción de su contrato reclama una indemnización conforme a la legislación de la empresa belga, para la que como decimos había trabajado, se suscita la cuestión de qué norma debe aplicarse, la belga o la de Luxemburgo. La cuestión se suscita porque pese a figurar en el contrato como *lex contractus* la de Luxemburgo, ello no determina que deba aplicarse esta ley cuando el trabajador quede privado de la protección que le proporcionen las normas imperativas aplicables en virtud de otros criterios de conexión, en los términos que precisa el artículo 6 del Convenio de Roma.

A propósito de la aplicación de estas reglas se plantean las cuestiones prejudiciales siguientes: (1) ¿debe considerarse que el país en el que se encuentra el establecimiento que haya contratado al trabajador en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra b), del Convenio de Roma es el país en el que se encuentra el establecimiento del empresario que contrató al trabajador en virtud del contrato de trabajo, o bien el país en el que se encuentra el establecimiento del empresario al que el trabajador está vinculado para el desempeño efectivo de su actividad laboral, aunque no realice habitualmente su trabajo en un mismo país?; (2) ¿debe considerarse que el lugar en el que el trabajador que no realice habitualmente su trabajo en un mismo país debe presentarse y en el que recibe las órdenes e instrucciones administrativas para el desarrollo de sus actividades, es el lugar de desempeño efectivo de la actividad laboral en el sentido de la primera cuestión?; (3) ¿debe el establecimiento del empresario al que el trabajador está vinculado para el desempeño efectivo de su actividad laboral en el sentido de la primera cuestión ajustarse a determinadas exigencias formales tales como, entre otras, poseer personalidad jurídica o bien basta con que exista un establecimiento efectivo?; (4) finalmente, ¿puede valer como establecimiento en el sentido de la tercera cuestión el establecimiento de otra sociedad a la que está vinculada la sociedad-empresario, aun cuando no se transmita la facultad de dirección del empresario a esta otra sociedad».

Frente a estas preguntas, en las que en definitiva se plantea la cuestión de si datos como el lugar de ocupación efectiva del trabajador, el lugar en que este último debe presentarse y recibe las instrucciones administrativas necesarias para ejecutar su trabajo y el establecimiento de hecho del empleador son relevantes para determinar la Ley aplicable al contrato de trabajo, la sentencia resuelve que el artículo 6, apartado 2, del Convenio de Roma debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto debe determinar en primer lugar si el trabajador, en la ejecución del contrato, realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, que es aquel a partir del que, habida cuenta del conjunto de los elementos que caracterizan dicha actividad, el trabajador cumple la parte esencial de sus obligaciones respecto de su empleador. Si el tribunal remitente considera que no puede pronunciarse sobre el litigio del que conoce a la luz del artículo 6, apartado 2, letra a), del Convenio, su artículo 6, apartado 2, letra b), debe interpretarse del modo siguiente: (1) debe entenderse que el concepto de «establecimiento del empleador que hubiere contratado al trabajador» se refiere exclusivamente al establecimiento que procedió a contratar al trabajador y no a aquel al que está vinculado por su ocupación efectiva; (2) dicha disposición no exige que el establecimiento del empleador esté dotado de personalidad jurídica; (3) el establecimiento de una empresa distinta de la que figura formalmente como empleador, con la que ésta mantiene vínculos, puede calificarse de «establecimiento» en el

sentido del artículo 6, apartado 2, letra b), de dicho Convenio, mas sólo si concurren elementos objetivos que permiten establecer la existencia de una situación real que difiere de la que se desprende de los términos del contrato, y ello aun cuando no se haya transferido a esa otra empresa la facultad de dirección.

B) Principio de especialidad normativa

La regla según la cual una regulación especial desplaza en su aplicación a una regulación más general (principio de especialidad normativa) se aplica en la **STS de 20 de diciembre de 2011**, IL J 150/2012, en la que se cuestionaba si los cambios de jornada —y salario— que los centros públicos de enseñanza imponen a los profesores de religión católica al inicio de cada curso escolar constituyen modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y por tanto deben tramitarse conforme a las reglas del art. 41 ET, o si por el contrario no debe aplicarse esta norma por estar permitidos tales cambios en la regulación especial de este tipo de contratos.

La respuesta de la sentencia es que no estamos ante el caso de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo a las que deba aplicarse el art. 41 ET, pues existe una regulación especial para las eventualidades de reducción o ajuste de jornada y salario de los profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza que ha de aplicarse preferentemente. Invocando las SSTS de 19 de julio de 2011 (Rco. 116 y 135 de 2010), la resolución que nos ocupa ofrece las siguientes razones: (1) la relación laboral de los profesores de religión católica, sin alcanzar a constituir una relación especial a los efectos del artículo 2.1 del ET, se configura de modo «objetivamente especial»; (2) pese a esa vinculación «objetivamente especial», a los profesores de religión, en términos generales, les resulta de aplicación la regulación de Estatuto, pero también otras normas que, en determinados extremos, tienen un contenido diferente; (3) partiendo de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2006, las Administraciones competentes determinan la duración de la jornada de los profesores de religión a la vista de las necesidades de cada centro al inicio del curso escolar.

Según la sentencia, ello supone que «la fijación de la jornada se puede efectuar sin acudir a las normas sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en el art. 41 del ET, puesto que, en realidad, no se trata de una modificación sustancial sino del cumplimiento de una característica de este tipo de contratos, cual es la variabilidad de la jornada en atención a las necesidades de los centros y de la especificidad de la disciplina impartida, que, como se desprende de la mencionada Disposición Adicional de la Ley Orgánica y del art. 4.2 del RD 696/07, es de oferta obligatoria para los centros escolares pero de carácter voluntaria para los alumnos, lo que implica que ese tipo peculiar de cambios y modificaciones se pueda producir por razón de la propia planificación educativa». No estamos en definitiva ante una modificación sustancial del art. 41 ET, pues el contrato se regula en estos casos por una «norma especial», el RD 696/2007, de 1 de junio, «cuyo artículo 4.2 permite a la Administración realizar los cambios de jornada que anualmente requieran las necesidades del servicio».

Realmente, la sentencia que acaba de reseñarse es parte de una serie entre la que se incluyen también las **SSTS de 16 de diciembre de 2011**, IL J 145/2012, **19 de diciembre**

de 2011, ILJ 146/2012, 19 de diciembre de 2011, IL J 147/2012, y 20 de diciembre de 2011, IL J 148/2012.

3. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE DERECHO DEL TRABAJO

A) Sometimiento del convenio colectivo a las reglas antidiscriminatorias

Se pronuncia la **SAN de 23 de noviembre de 2011**, I LJ 1425/2011, sobre la cláusula de un convenio colectivo en la que a la hora del cálculo de determinada retribución variable, para la que era necesario totalizar cierta cantidad de jornadas productivas, se excluye el periodo de las seis semanas posteriores al parto que por imperativo legal las trabajadoras están obligadas a disfrutar tras el alumbramiento. Obviamente la cuestión que está planteada es la de si la referida previsión convencional, en cuanto perjudica y puede impedir de hecho a las mujeres que hayan tenido hijos tener acceso al referido complemento retributivo, es discriminatoria.

Como era de esperar la sentencia dice que estamos efectivamente ante una previsión discriminatoria, no sólo contraria a la Constitución (art. 14), sino también a la LO 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que consagra en su art. 3 el principio de igualdad entre hombres y mujeres, que define como «ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil», y que en su art. 8 califica sin ambages como «discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo y la maternidad». También se refiere la sentencia a otros instrumentos normativos en los que se consagra la regla de no discriminación por razón de sexo, y específicamente por la condición de mujer —y madre— de las trabajadoras asalariadas. Concretamente, la sentencia se refiere al art. 2.1.7 de la Directiva 2002/73/CE, que establece que un trato menos favorable dispensado a una mujer en razón de su embarazo o su permiso de maternidad constituye discriminación, y al art. 4.1.a) de la Directiva 2004/113/CE, según el cual la discriminación por embarazo o maternidad constituyen supuestos de discriminación directa por razón de sexo. Sin olvidar la Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en la que se afirma que el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo, o la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre la cuestión, en la que se afirma que «la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que incide en exclusiva sobre las mujeres» (SSTC 173/1994, 136/1996, 20/2001, 41/2002, 17/2003, 98/2003 o 182/2005). La STC 182/2005, específicamente, dice que «La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo».

En aplicación de la legislación y doctrina judicial expuestas, resulta evidente que la trabajadora —dice la sentencia— no puede verse perjudicada en sus derechos laborales

con motivo de su condición maternal, so pena de sufrir una discriminación por razón de sexo, máxime teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional ha considerado igualmente discriminatoria «la decisión del INEM de suspender la demanda de empleo de una trabajadora durante el período obligatorio de su descanso por maternidad, impidiendo con ello su inclusión en la lista de candidatos seleccionados para la cobertura de una oferta de empleo cuyos requisitos satisfacía y perjudicando así sus posibilidades de acceso al mercado de trabajo (STC 214/2006); o también que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que una trabajadora que mantiene vigente su contrato de trabajo durante el permiso de maternidad debe disfrutar, incluso de modo retroactivo, del aumento salarial que haya tenido lugar entre el comienzo del período cubierto por el salario de referencia y el final del descanso de maternidad, como cualquier otro trabajador, puesto que si no hubiese estado embarazada habría percibido el incremento salarial [STJCE de 30-3-2004]. Recuérdese además que, en este mismo sentido antidiscriminatorio, este mismo Tribunal advierte, con similar razonamiento, que el principio de no discriminación impide privar a una trabajadora en descanso por maternidad del derecho a ser objeto de una calificación anual a efectos de una promoción profesional [STJCE 30-4-1998].

Aparte de las referidas consideraciones, la sentencia añade otra que juzgamos de especial relevancia en el caso, y que tiene que ver con el hecho de que las seis semanas de descanso posteriores al parto son de disfrute obligatorio por exigencia legal, de modo que mal puede privarse a la trabajadora de derechos por cumplir las obligaciones que le impone el ordenamiento. Dice en efecto la sentencia que «no hay que olvidar que en el caso enjuiciado no hablamos del disfrute del descanso en su integridad, sino (...) exclusivamente respecto de las seis semanas posteriores al parto», de obligado disfrute para la trabajadora según el art. 48 ET. «Nos situamos —dice la sentencia— en un escenario en el que, dentro del período suspensivo por razón de maternidad biológica, las seis semanas que siguen al parto se configuran literalmente por el legislador como «descanso obligatorio», en atención a la necesidad de recuperación física que presenta la madre (de «descanso puerperal obligatorio» que ha de ser «tomado obligatoriamente después del parto» con la duración que fije la legislación nacional pero nunca inferior a seis semanas, habla el art. 3 del Convenio 103 de la OIT, sobre la protección de la maternidad). Consecuentemente, «habiendo concluido que una medida empresarial que otorga peor derecho a las trabajadoras que tienen su contrato suspendido por maternidad constituye una discriminación por razón de sexo, con más razón habrá que insistir en tal sentido cuando se alude a las seis semanas posteriores al parto, a las que el legislador otorga un perfil obligatorio, alejándolo del puro derecho de ejercicio opcional para la madre».

También la **STSJ de Madrid de 17 de octubre de 2011**, IL J 110/2012, se ocupa de un caso en que se excluía del cómputo de asistencias relevantes para generar determinado complemento de productividad los periodos de descanso por maternidad. Es verdad sin embargo que en este caso la vulneración de las reglas antidiscriminatorias no era imputable al convenio, pues el mismo establecía un complejo sistema de evaluación de rendimientos en el que eran muy amplias las facultades decisorias que se reservaba la empresa. No es por tanto el convenio colectivo el que resulta contrario a la Constitución y la ley sino la decisión de la empresa.

B) Inconstitucionalidad de las leyes y responsabilidad patrimonial del Estado

En relación a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, a propósito concretamente del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, declarado inconstitucional por la STC 68/2007, de 27 de marzo, se plantea en la **STS (contencioso-administrativa) de 11 de octubre de 2011**, IL J 31/2012, la posible responsabilidad patrimonial del Estado frente a los particulares que hayan sufrido perjuicio económico como consecuencia de la entrada en vigor de una disposición que posteriormente va a ser objeto de anulación.

La cuestión se plantea en relación a un trabajador cuyo contrato de trabajo se extinguió durante el periodo inicial de vigencia del Real Decreto-ley 5/2002 y que, consecuentemente, se vio privado de la posibilidad de cobrar salarios de tramitación. Planteada reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Estado la sentencia da una respuesta estimatoria diciendo que una cosa es que, pese a los efectos *ex tunc* de las sentencias de anulación de las leyes, no puedan modificarse los actos de aplicación, y otra muy distinta que no deba compensarse el perjuicio irrogado al particular como consecuencia de una actuación de los poderes públicos que produce daño económico, como sucede claramente en estos casos.

Dice que sobre la procedencia de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por el menoscabo patrimonial derivado de la aplicación a un proceso laboral por despido del referido RD-ley inconstitucional y nulo ya se ha pronunciado favorablemente el Pleno de esta Sala en sentencia de 2 de junio de 2010. En ella se parte del tenor literal de los artículos 161.1.a) de la Constitución española y 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de ellos extrae la conclusión de que, aunque la declaración de inconstitucionalidad deja incólume y no menoscaba el valor de cosa juzgada de la sentencia firme cuya razón de decidir y cuyo pronunciamiento se sustentó en la aplicación de la norma luego declarada contraria a la Constitución, ello no impide el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial sustentada en el perjuicio irrogado por la aplicación en la sentencia dotada de ese valor de cosa juzgada de la ley o norma con fuerza de ley luego declarada contraria a la Constitución. Con ello, la Sala viene a mantener el criterio reiterado en la controvertida jurisprudencia que iniciaron las sentencias de 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000 y que, a juicio de la Sala, es el que mejor se ajusta al que rige en materia de ejercicio de acciones de responsabilidad patrimonial contra los Estados miembros de la Unión Europea.

La **STS de 22 de noviembre de 2011**, IL J 32/2012, no considera sin embargo trasladable esta jurisprudencia a los efectos negativos que el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, produjo sobre la posibilidad de percepción de las prestaciones de desempleo en modalidad de pago único, y ello por entender que en este caso no estamos ante un menoscabo realmente antijurídico. Dice la misma que «el punto en el que se separa el presente caso de los analizados reiteradamente por esta sección en ejercicio de acciones de responsabilidad patrimonial por aplicación del citado RDL 5/2002, a partir de la indicada sentencia del Pleno de 2 de junio de 2010, y que indefectiblemente va a determinar la suerte desestimatoria del recurso es el relativo a la antijuridicidad del menoscabo», y ello por cuanto «la misma regla se mantendrá en la posterior Ley 45/2002, de 12 de diciembre, por razones de política legislativa, con lo que es evidente que a partir de su entrada en vigor tampoco era

posible la obtención del beneficio, con lo que podemos considerar que razones de entidad suficiente determinan o enervan la regla general de la antijuridicidad del daño y reforzaron la exigencia por razones que se consideraban de justicia o evitación del fraude y hace que nos encontremos ante un perjuicio o menoscabo que tenga el deber jurídico de soportar el perjudicado, por 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 para percibir el pago único».

4. LEY Y CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

A) Leyes sociales imperativas y principio de irretroactividad normativa

La imperatividad característica de las leyes de protección de los trabajadores no supone automáticamente que su entrada en vigor se haga efectiva con carácter retroactivo, básicamente porque hay otros intereses sociales —particularmente el de la seguridad jurídica— que también merecen tutela y reclaman una solución diferente. Es por eso que las sucesivas reformas de la legislación social suelen introducirse en nuestro ordenamiento utilizando soluciones de retroactividad de grado medio, de manera que los efectos de la nueva norma afecten a los hitos de la vida contractual que se ubiquen tras la entrada en vigor de la misma, pero no a otros anteriores, que quedarían conservados tras el nuevo régimen. Naturalmente, esta solución no vale cuando lo que la nueva norma establece imperativamente es una reconsideración de la naturaleza del vínculo contractual, como ha sucedido precisamente en el caso de la Ley 20/2007, de 11 de julio, sobre el Estatuto del Trabajo Autónomo, cuando dota y pasa a regular la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE).

En estos casos, respecto de aquellas situaciones en que el TRADE ya venía prestando servicios con anterioridad como autónomo, la Ley 20/2007 da una solución transitoria en cuya virtud la aplicación de las nuevas reglas imperativas que se establece no es operativa para los contratos concertados al amparo de la legislación anterior sino una vez transcurridos determinados plazos y siempre que dentro de los mismos el autónomo así lo comunique a su cliente principal. Quiere ello decir que si no se ha producido tal comunicación en los plazos previstos el autónomo no adquirirá la condición de TRADE y por tanto el cliente podrá prescindir de sus servicios como si de un autónomo ordinario se tratara. Así lo establecen las **SSTS de 28 de noviembre de 2011**, IL J 56/2012 e IL J 62/2012, en las que se resuelve con un fallo de incompetencia de la jurisdicción social respecto de las reclamaciones presentadas por sendos autónomos al no cumplirse los requisitos de novación contractual exigidos en la Ley 20/2007.

B) Convenio colectivo: márgenes de actuación ante la ley

Es de sobra conocido que el convenio colectivo está jerárquicamente sometido a la ley, pero también que tal regla de sujeción es compatible con importantes márgenes de actuación convencional, relacionados principalmente con el desempeño de funciones de desa-

rollo, precisión o especificación de las reglas legales, con la regulación de materias a las que no afecta la ley, o incluso con la modificación de los términos de esta si ello resulta más favorable para el trabajador. Es sabido por otra parte que el convenio colectivo también está capacitado para actuar cuando la ley remite, expresa o tácitamente, al mismo, y desde luego a intervenir en la regulación de cualquier materia de la que la ley se haya ocupado como regulación dispositiva, dictada para ser aplicable sólo en defecto de lo que quiera establecer el convenio.

Parece claro en cualquier caso que lo que nunca puede hacer el convenio es aprobar reglas contrarias a disposiciones legales imperativas, aunque la cuestión estriba muchas veces en determinar dónde se ubica el límite del contenido verdaderamente imperativo de la ley. Un problema así se plantea en la **STS de 8 de noviembre de 2011**, IL J 2/2012. En un caso en que el convenio colectivo establecía la posibilidad de modificar el horario de los trabajadores siempre que tal modificación se mantuviera dentro de los turnos y bandas horarias que establecía el propio convenio, y a condición de que se preavisara a los trabajadores y a sus representantes con siete días de antelación —dicho claramente: con unas condiciones que no cumplen los mínimos legales exigidos en el art. 41 ET—, resuelve la citada sentencia que estamos ante una lícita modificación de las condiciones de trabajo, sin que pueda afirmarse que se ha infringido lo dispuesto en el art. 41 ET. Viene esta sentencia a decir que, puesto que no estamos ante un cambio realmente profundo o «sustancial», el mismo, pese a su relevancia, puede conducirse a través del cauce que ha establecido el propio convenio colectivo, que de este modo queda habilitado para establecer regulaciones en el límite mismo del contenido imperativo de la ley. Se pronuncia igualmente la **STS de 9 de diciembre de 2011**, IL J 66/2012.

C) **Ámbito del convenio colectivo**

Trata la **STS de 4 de octubre de 2011**, IL J 1434/2011, de los trabajadores de una empresa de limpieza que, en virtud de una contrata, venían prestando servicios en una empresa de distribución de maquinaria y que, tras la finalización de la contrata, no son asumidos por la empresa, que pasa desde entonces a prestar aquellos servicios con sus propios trabajadores. Importa recordar que en las sucesiones de contratas de limpieza no resulta de aplicación con carácter general el art. 44 ET, de modo que la subrogación del nuevo empresario en los contratos del empresario saliente con los trabajadores solo se produce cuando así lo impone el empresario principal en las condiciones de la contrata o bien cuando lo disponga el convenio de sector. Esto último era precisamente lo que sucedía en este caso, el que el efecto subrogatorio aparecía en el CC provincial de limpieza de edificios y locales de Pontevedra.

El problema se suscita sin embargo porque la nueva empresa que había ganado la contrata de limpieza era un «Centro Especial de Empleo», al que resultaba de aplicación un convenio colectivo distinto —el XII CC General de centros y servicios de atención a personas con discapacidad— en el que no se recogía obviamente carga subrogatoria ninguna por asumir contratas en el sector de limpieza de edificios y locales, razón por la que esta empresa no quiso hacerse cargo de quienes limpiaban en la empresa de maquinaria en virtud de contratos suscritos con la empresa de limpieza que anteriormente se había encargado de la contrata.

La cuestión es entonces si la empresa cesionaria —el «Centro Especial de Empleo»— debe hacerse cargo de los trabajadores, entendiendo que el Convenio provincial de limpieza de edificios y locales —y el efecto subrogatorio que se dispone— le resulta de aplicación, o bien si el referido Centro Especial de Empleo, por sus características singulares como empleador, y por serle de aplicación un convenio colectivo distinto, se libra de la referida carga subrogatoria, lo que obviamente nos sitúa ante un problema de determinación del ámbito de un convenio.

La sentencia resuelve que el Centro Especial de Empleo se subroga en la posición de la empresa de limpieza saliente y que por lo tanto debe asumir a los trabajadores que prestaban servicios en la empresa de maquinaria, pues respecto de los trabajadores afectados a tal servicio resulta de aplicación el Convenio de limpieza de edificios y locales, sin que pueda oponerse la aplicación de un convenio distinto —el de centros especiales de empleo— que nada dispone al respecto, y que por tanto no impide el juego del convenio de limpieza, en cuyo ámbito de aplicación se incluyen sin duda las tareas que se desempeñan en la empresa de maquinaria, ni tampoco la particular naturaleza del centro especial como sujeto empleador.

Siguiendo la doctrina de la sentencia del TS de 21 de octubre de 2010, que opera a la sazón como resolución de contraste, dice la sentencia que nos ocupa que estando claramente definido el ámbito funcional del convenio el mismo no puede dejar de aplicarse a un colectivo de trabajadores que desempeñan efectivamente tareas de limpieza por más que su contrato no se mantenga efectivamente con una empresa de limpieza, máxime cuando —como en este caso— no hay ninguna salvedad que permita a una empresa regida a su vez por otra norma convencional autoexcluirse de la aplicación de los preceptos del primero de los convenios. Por otra parte, según se desprende el convenio aplicable a los centros especiales de empleo, éstos pueden dedicarse a actividades completamente diversas, lo que no puede impedir la aplicación de las disposiciones convencionales que corresponda según la actividad desempeñada, pues ello no está necesariamente reñido con la naturaleza y funcionalidad de los centros especiales de empleo. «En definitiva —concluye la sentencia—, 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», de modo que queda afectada por la subrogación que impone el convenio sectorial de limpieza.

5. AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y DERECHO DEL TRABAJO

A) Reglamentos de régimen interior y pactos individuales en masa

Trata la **SAN de 11 de noviembre de 2011**, IL J 1423/2011, de una empresa que tenía reconocidas a los trabajadores ciertas mejoras voluntarias en virtud de un Reglamento de Régimen Interior, y por tanto desde hacía mucho tiempo, y que en determinado momento plantea la modificación de las referidas mejoras mediante pactos individuales con los trabajadores, pactos que —dice la sentencia— fueron «suscritos por la mayoría de éstos de-

bido a que prefirieron incrementar sus retribuciones en un momento crítico de la economía española porque era más seguro que esperar a la actualización de unas mejoras voluntarias futuras».

Siguiendo a la STS 21-11-2001, comienza diciendo la sentencia que los Reglamentos de Régimen Interior «continúan siendo de aplicación como derecho dispositivo en tanto no se sustituyan por convenio colectivo». Es cierto que con la aprobación del Estatuto de los Trabajadores el reglamento de régimen interior desaparece del cuadro de las «fuentes de la relación laboral» (art. 3 del Estatuto de los Trabajadores), ya que no puede encuadrarse ni en los reglamentos ejecutivos que contempla el apartado a) del número 1 de este artículo en relación con el número 2, ni obviamente en la regulación de condiciones de trabajo por ramas de actividad que, con carácter excepcional, autoriza la disposición adicional primera de dicho texto legal. Por otra parte, la disposición final tercera ET (texto de 1980) relacionaba expresamente entre las disposiciones derogadas por el Estatuto de los Trabajadores la Ley de Reglamentaciones de Trabajo, la Ley de Contrato de Trabajo y el Decreto de 12 de enero de 1961, debiendo considerarse incluida en la cláusula derogatoria general la Orden de 6 de febrero de 1961. Quedaron, por tanto, sin vigencia el Decreto 20/1961 y los preceptos que en la Ley de Contrato de Trabajo y en la Ley de Reglamentaciones de Trabajo regulaban el reglamento de régimen interior. Ahora bien, el alcance de esta derogación queda limitado exclusivamente a las disposiciones a que se ha hecho referencia, sin que afecte a los reglamentos de régimen interior aprobados con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, que continúan siendo de aplicación, como declaró el extinguido Tribunal Central de Trabajo en numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 21 de diciembre de 1981, 11 de enero de 1982, 14 de diciembre de 1983, 3 de octubre de 1984, 30 de enero de 1985 y 22 de julio de 1987, y esta Sala en sentencias como la de 10 de julio de 2000, en la que se reproduce la doctrina de la de 11 de abril de 1991, «por considerar que, al igual que se prevé para las ordenanzas laborales en la disposición transitoria segunda del Estatuto de los Trabajadores, los reglamentos de régimen interior continúan siendo de aplicación como derecho dispositivo en tanto no se sustituyan por convenio colectivo».

Pero, sobre todo, la razón por la que las mejoras voluntarias reconocidas en el Reglamento de Régimen Interior no pueden ser modificadas/suprimidas mediante pactos individuales en masa con los trabajadores es porque tal modo de actuar es contrario al derecho de negociación colectiva de los representantes de los trabajadores y en consecuencia de su libertad sindical. Siguiendo la doctrina establecida en la jurisprudencia constitucional (SSTC 105/1992, 208/1993, 107/2000, 225/2001 o 238/2005) dice en efecto la sentencia que no cabe admitir la tesis que defiende la empresa según la cual no hubo modificación, ni disminución ni anulación del Reglamento de Régimen Interior, que habría resultado incólume, ya que la empresa se habría limitado a ofrecer una propuesta que no se impuso jamás a sus trabajadores y que éstos aceptaron o rechazaron libremente. Muy por el contrario, ha quedado acreditado que la adhesión al «Plan Alternativo» (las nuevas condiciones) exigía previamente la renuncia al «Plan Tradicional» (las antiguas condiciones), lo que constituye una modificación individual en masa de unas mejoras voluntarias de la Seguridad Social, originadas en un Reglamento de Régimen Interior, cuya modificación solo podía articularse mediante la negociación colectiva, como por otra parte han puesto de relieve las SSTS de 16 y 18 de julio de 2003 y 30 de marzo de 2006, según las cuales el «descuelgue

masivo» de una mejora voluntaria, como sucede en este caso, invade el campo atribuido a la negociación colectiva y por consiguiente constituye vulneración del al libertad sindical, de la que la negociación colectiva es una vertiente funcional más (arts. 28.1 y 37.1 CE).

B) Condición más beneficiosa

No cabe invocar condición más beneficiosa cuando la ventaja o derecho que los trabajadores pretenden hacer valer frente a la empresa ha sido reconocido mediante convenio colectivo. Según la **STS de 26 de septiembre de 2011**, IL J 1430/2011, la previsión que reconoce el derecho, por tener la naturaleza de convenio colectivo, dispone de la resistencia normativa o fuerza pasiva propia de tales acuerdos, y no la de los derechos reconocidos por contrato o de manera individual, de modo que puede suprimirse mediante un convenio colectivo posterior.

Planteada la cuestión de si el carácter festivo y no laborable del viernes siguiente a la festividad del Corpus para todos los trabajadores sujetos al ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Provincial de la Industria Siderometalúrgica de la Provincia de Granada constituye un derecho adquirido de los trabajadores, dotado por tanto de la fuerza de la condición más beneficiosa, y no susceptible de modificación o supresión por una vía que no sea el pacto con cada uno de los trabajadores afectados, o en su caso una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, contesta negativamente la sentencia que nos ocupa, básicamente argumentando como vimos que no cabe derivar condición más beneficiosa de un convenio.

Después de recordarnos la doctrina de la condición más beneficiosa, diciendo que «para que pueda sostenerse su existencia es preciso que se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho», lo que impide sustraer la ventaja por decisión del empresario, pues la misma se mantiene y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente, llega la sentencia a la conclusión de que en el caso «el beneficio cuestionado no constituye una condición más beneficiosa de los trabajadores del sector siderometalúrgico de Granada».

Ante todo, debe resaltarse que la práctica empresarial en que se funda la pretensión examinada «no es propia de una empresa determinada, sino de todas las empresas sujetas al ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Provincial de la Industria Siderometalúrgica de Granada», y más concretamente que la ventaja deriva del artículo 29 del referido convenio. Más concretamente —señala la sentencia— «el Convenio no fija propiamente como día no laborable o festivo el viernes siguiente al Corpus, cual hace con otros días, pero el carácter no laborable del referido viernes se otorga por la comisión mixta anualmente, al tiempo de fijar el calendario laboral anual y de realizar los necesarios ajustes de jornada, para compensar con días de descanso los días trabajados en exceso». Consecuentemente, «no estamos ante una condición más beneficiosa reconocida por una empresa concreta para mejorar las condiciones del convenio de forma espontánea y unilateral, sino que el benefi-

cio cuestionado es fruto de la negociación colectiva», además «en un sector industrial, no en una empresa determinada».

La **STS de 14 de octubre de 2011**, IL J 1443/2011, sí considera en cambio condición más beneficiosa una ventaja reconocida a los trabajadores de manera colectiva, hasta el punto de imputarla o atribuírsela incluso a trabajadores que no la disfrutaron cuando se concedió inicialmente por la empresa y que piden su disfrute luego, cuando la empresa la ha suprimido.

La cuestión planteada versa en este caso sobre el derecho a percibir dietas así como el plus de disponibilidad por los trabajadores de Iberia con jornada reducida por razones de guarda legal, derecho que el convenio colectivo aplicable reconoce sólo a los trabajadores en «régimen de turnos», lo que excluye a quienes disfrutaron una reducción de jornada por guarda legal en la medida en la que tales trabajadores pasan a prestar el servicio en régimen de «turno fijo». El problema se suscita porque si bien es evidente que los trabajadores con la jornada reducida por guarda legal no disfrutaban *ex* convenio de los referidos pluses retributivos, lo cierto es que la empresa —fuera de la exigencia del convenio— había observado una práctica de abono proporcional de tales complementos a todos los trabajadores con jornada reducida por guarda legal, y por tanto en régimen de turno fijo, lo que hace posible pensar en que los trabajadores podrían haber pasado a disfrutar su derecho como una condición más beneficiosa colectiva.

Esto es precisamente lo que, según la sentencia, ha acontecido, pues «en el caso ahora examinado concurre claramente la condición beneficiosa consistente en el derecho de la actora al cobro del plus de disponibilidad, pues se trata de una decisión unilateral del empresario que no se realizó a favor de la actora (con carácter individual) ni tampoco a favor de determinado número de trabajadores en razón de sus circunstancias particulares (carácter plural), sino a favor simultáneamente de determinado grupo de trabajadores que se encontraban, como grupo, en determinada situación —la de reducción de jornada por guarda legal— (carácter colectivo), lo cual la hace inatacable salvo por la vía del art. 41.4 del ET, no siendo suficiente otra decisión unilateral del empresario». Estamos ante una «condición más beneficiosa de carácter colectivo otorgada al grupo de trabajadores que se encontrasen en la referida situación de reducción de jornada por guarda legal, entre ellos la actora» que «no perdió su operatividad por la referida decisión empresarial de suprimirla» pero que sobre todo —esto es capital— no impide a la actora disfrutarla por el hecho de que pasase a estar integrada en dicho grupo de trabajadores «con posterioridad a su supresión por el empresario».

La **STS de 13 de octubre de 2011**, IL J 32/2012, no considera en cambio condición más beneficiosa un derecho de suscripción preferente y bonificado de acciones de la empresa concedido por ésta a los trabajadores en sus contratos, y ello por entender que la voluntad de la empresa no era la de consolidar tal ventaja, sino reconocerla sólo provisionalmente.

En el caso de una empresa tecnológica que había reconocido en los contratos de sus trabajadores el derecho a suscribir con carácter preferente acciones de la sociedad con un valor inferior al 15% de su valor real en el mercado bursátil, abonándose en virtud de descuentos mensuales entre el 1 y el 10% en nómina por un periodo de hasta seis meses, de manera que una vez completado el pago del precio citado el trabajador pudiera disponer

del mantenimiento o enajenación de las citadas acciones, resuelve la sentencia que nos ocupa que no estamos realmente ante una condición más beneficiosa, y en consecuencia que la empresa puede disponer en cualquier momento y manera de la ventaja reconocida a los trabajadores.

Y no hay condición más beneficiosa porque no ha quedado acreditada la voluntad inequívoca de la empresa de mantener estable y permanentemente la condición. Muy por el contrario, se desprende de los contratos de trabajo que la adquisición de acciones es ofertada por la empresa no a todos sus trabajadores sino solamente a quienes reúnan determinados requisitos, resultando incuestionado que esta concesión empresarial no se hace incondicionadamente, sino que, como se precisa en el boletín de adhesión, el plan se establece voluntariamente por la empresa y es de carácter discrecional, pudiendo ser modificado, suspendido o finalizado por la empresa en cualquier momento. «De estos datos —dice la sentencia— no se deduce la inequívoca voluntad empresarial y la correlativa incorporación al nexo contractual que exige la jurisprudencia para reconocerse un derecho en base a una condición más beneficiosa, pues la empresa incorpora la cláusula adicional cuestionada en los contratos de trabajo —como integrante de los mismos—, con la reserva expresa del derecho de realizar o llevar a la práctica un plan de adquisición de acciones que se adapte a las circunstancias económicas o de evolución del mercado, lo cual es incompatible con la voluntad unilateral de mantener estable y permanentemente el derecho». Y como la parte demandante no ha acreditado que la aplicación del plan de adquisición de acciones llevaba consigo la voluntad inequívoca de conceder una ventaja de modo incondicional y permanente, no puede admitirse que estamos ante una condición más beneficiosa, por lo que la empresa puede suprimir la ventaja de manera unilateral en los términos que previene el mismo contrato.

La **SAN de 3 de febrero de 2012**, IL J 124/2012, tampoco considera condición más beneficiosa un modo de retribución de los trabajadores —«flexinómina»— que permitía a los empleados adecuar su paquete retributivo pudiendo sustituir parte de su remuneración dineraria por otro tipo de productos (ticket, guardería, seguro médico privado Caser para familiares y equipos informáticos). La razón es que la referida ventaja, establecida en una circular de la empresa, se había concedido sólo de manera provisional y condicionada, pues era de vigencia anual. De esta manera, puesto que queda claro que la voluntad de la empresa ha sido reconocer la ventaja sólo con carácter temporal, es obvio que la misma puede suprimirse una vez transcurrido el tiempo por el que el empresario asumió su compromiso con los trabajadores.

Dice la sentencia que «la flexinómina no puede ser una condición más beneficiosa porque el requisito constitutivo para ello es que concurra una voluntad inequívoca por parte de la empresa de consolidarla como tal, lo que no se ha acreditado de ningún modo, puesto que se ha probado cumplidamente que el Plan de Retribución Flexible (flexinómina) tenía una vigencia anual, lo que permite descartar la concurrencia de una voluntad empresarial inequívoca de consolidarla permanentemente, puesto que podía modificarla cada año»; la empresa «se reservaba el tener por finalizado el Plan de Retribución Flexible cuanto lo estimara oportuno», lo que prueba que «la flexinómina no se incorporó al nexo contractual de los trabajadores como consecuencia de una voluntad inequívoca y terminante de la empresa».

No puede en cambio una empresa suprimir unilateralmente el derecho a recibir el llamado lote de Navidad y regalo de Reyes que los trabajadores vienen disfrutando desde hace ya algunos años, pues en este caso sí estamos realmente ante una condición más beneficiosa por haberse acreditado que la empresa ha querido consolidar la ventaja que vienen disfrutando los trabajadores. Así se pronuncia concretamente la **SAN de 25 de enero de 2012**, IL J 127/2012, que afirma que «rige en el ámbito laboral el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas por el trabajador cuando el beneficio reclamado se ha consolidado». Es verdad que no basta la repetición o persistencia en el tiempo, sino que además ha de descubrirse la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o en el Convenio, pero esto último acontece en el caso que ahora se enjuicia, pues estamos ante «un uso que se practica por la empresa desde hace años», que por su «propio actuar» considera dentro del «paquete retributivo» el concepto de «otros beneficios» en el que se incluyen las ventajas económicas que ahora están en cuestión.

C) Finiquito: valor liberatorio

Aborda la **STS de 28 de noviembre de 2011**, IL J 131/2012, la cuestión del valor liberatorio del finiquito. En el caso de un trabajador que había sido despedido por causas objetivas, de manera claramente irregular, y al que junto la liquidación y la indemnización preceptiva se entrega un documento de saldo y finiquito de la relación laboral, entiende la sentencia que la firma del documento simplemente acredita el percibo de las cantidades que constan en el mismo pero que ello no supone baja voluntaria o conformidad con la extinción del contrato. Dicho de otra manera, que la firma del finiquito no supone que la causa de la extinción del contrato deje de ser despido objetivo y pase a convertirse en extinción de mutuo acuerdo, y en todo caso tampoco conformidad del trabajador con la extinción de la relación laboral.

Se trataba en efecto de un despido por causas objetivas en el que el cese se comunicó al trabajador sin preaviso alguno y en el que en el mismo acto se hizo entrega al afectado de la indemnización debida —20 días por año de servicio—, el importe del preaviso legal omitido y la liquidación de partes proporcionales, poniéndose simultáneamente a la firma del trabajador un documento de saldo y finiquito en el que se contenía la declaración de que «el empleado manifiesta expresamente que queda saldada, finiquitada, extinguida y totalmente rescindida en ese momento la relación laboral que hasta la fecha indicada venía manteniendo con la empresa, no teniendo nada más que reclamar a la empresa por ningún otro concepto».

Con estas bases fácticas, y después de un extenso recorrido por la jurisprudencia construida en torno al finiquito y a su valor liberatorio relativo en el ámbito laboral, la sentencia llega a la conclusión que en el caso debatido no cabe admitir que el finiquito extinga el contrato liberando definitivamente al empresario de sus obligaciones con el trabajador cesado. Dice concretamente que en el caso no se aprecia «voluntad extintiva alguna en la suscripción simultánea de la liquidación y finiquito». Por lo pronto —se dice— «ningún deseo de poner fin al contrato puede atribuirse al trabajador por la firma del documento, siendo así que fue la empresa y no el recurrente quien lo extinguió previa y unilateralmente, acompañando a la comunicación del cese el escrito de saldo y finiquito»; además,

«nula eficacia liberatoria puede atribuirse a un documento cuya fiabilidad no solamente pudiera considerarse mermada por haberse suscrito sin la garantía de los representantes de los trabajadores (cuya presencia no es necesaria, aunque sí conveniente), sino que a mayor abundamiento no cumplía función transaccional alguna, puesto que (...) los actos de disposición en materia laboral han de vincularse a la función preventiva del proceso propia de la transacción, de manera que la eficacia del acuerdo requiere que se produzca para evitar o poner fin a una controversia», elemento este de prevención o evitación transaccional de conflictos no presente en el caso.

6. VALOR CUASINORMATIVO DE LAS SENTENCIAS DE CONFLICTO COLECTIVO

Sobre los efectos generales de las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo se pronuncia la **STS de 26 de septiembre de 2011**, IL J 1430/2011, que aclara que no sólo afectan a quienes han sido parte en el procedimiento, sino a cualesquiera sujetos que puedan resultar efectivamente afectados por la resolución. Dice en efecto la sentencia que los efectos de los pronunciamientos obtenidos en procesos de conflicto colectivo «se extienden también a las partes que no recurrieron dada la naturaleza de la pretensión ejercitada, porque determinada interpretación de un Convenio Colectivo —esta era precisamente la cuestión planteada en el caso— afecta a las empresas y trabajadores sujetos a su ámbito de aplicación». «No cabe —se dice— la diferente aplicación de una norma convencional a quienes no recurrieron un fallo que no ganó firmeza, dado el carácter general de la pretensión ejercitada». Los pronunciamientos en este tipo de procesos «se extienden a todos los sujetos afectados por la norma colectiva interpretada, sin que quepa hacer distinciones en función de la postura procesal adoptada por cada uno», pues «lo contrario nos llevaría al absurdo y sería contrario a la lógica jurídica, ya que equivaldría a sostener que los efectos beneficiosos de una interpretación de un Convenio Colectivo sólo serían aplicables a los afiliados al sindicato recurrente y no a los afiliados al sindicato que no demandó o a las empresas afiliadas a la asociación patronal que no recurrió, como en el presente caso acaece». La doctrina de la extensión de los efectos de la sentencia, dictada al resolver un recurso, a todas las personas colocadas en la misma posición procesal que el recurrente la imponen la naturaleza del pronunciamiento (absoluto e indivisible) que interpreta un Convenio Colectivo y la llamada solidaridad procesal que existe entre los demandados frente a los que se ejercita idéntica pretensión con base en los mismos hechos y fundamentos de derecho, lo que hace de idéntica condición a los litigantes, porque la existencia o no de un derecho no puede depender de la posición procesal adoptada por los litigantes en igualdad de condiciones. Se citan como antecedentes las SSTs de 15 de noviembre de 1994, 27 de mayo y 13 de junio de 1997, 21 noviembre 2000 y 6 julio de 2005.

OSCAR FERNÁNDEZ MÁRQUEZ

Segunda parte

SUMARIO

1. ACTOS UNILATERALES.
 - A) **Ámbito de regulación de las instrucciones empresariales respecto del uso de internet con medios de la empresa.**
 - B) **La declaración al empresario de cumplimiento de los requisitos legales del TRADE es constitutiva del contrato.**
 - C) **La errónea información sobre los recursos resolviendo reclamación previa afecta a la regulación de la caducidad.**
 - D) **La condición más beneficiosa no puede suprimirse por decisión unilateral del empresario.**
 2. REGULACIONES INCLUIDAS EN EL CONTRATO DE TRABAJO.
 - A) **La modificación de una mejora voluntaria de la Seguridad Social emanada de un Reglamento de régimen interior exige negociación colectiva, no valiendo pactos individuales en masa.**
 - B) **El complemento de prestaciones de la Seguridad Social puede continuar más allá de la vigencia del contrato de trabajo.**
 3. CONVENIOS COLECTIVOS.
 - A) **Determinación del convenio colectivo aplicable y cosa juzgada.**
 - B) **Fuente determinante del derecho al ascenso y prescripción.**
 - C) **Participación en Comisiones normativas y aplicativas de Convenios colectivos por Sindicatos no firmantes.**
 - D) **El convenio colectivo aplicable a empresa que concurre a contrata es el del sector correspondiente, aunque sea un centro especial de empleo.**
 - E) **Constitución de comité intercentros sólo afecta a los trabajadores incluidos en el convenio.**
-

1. ACTOS UNILATERALES

A) Ámbito de regulación de las instrucciones empresariales respecto del uso de internet con medios de la empresa

La irrupción de las nuevas tecnologías en el entorno de las relaciones laborales viene obligando al Tribunal Supremo a subsumir realidades no imaginadas en preceptos diseñados hace más de treinta años. A esta serie, y reivindicando su compatibilidad con la doctrina anterior, se une la **STS de 6 octubre de 2011 (IL J 13/2012)**, que formula con sencillez la regla general para estos supuestos: si existe una expresa prohibición empresarial, sin mediar autorización en la negociación colectiva, desaparece cualquier atisbo de tolerancia y el trabajador no puede amparar luego sus conductas en la protección de la intimidad: «En el caso del uso personal de los medios informáticos de la empresa no puede existir un conflicto de derechos cuando hay una prohibición válida. La prohibición absoluta podría no ser válida si, por ejemplo, el convenio colectivo reconoce el derecho a un uso personal de ese uso. La prohibición determina que ya no exista una situación de tolerancia con el uso personal del ordenador y que tampoco exista lógicamente una “expectativa razonable de confidencialidad”. En estas condiciones el trabajador afectado sabe que su acción de utilizar para fines personales el ordenador no es correcta y sabe también que está utilizando un medio que, al estar lícitamente sometido a la vigilancia de otro, ya no constituye un ámbito protegido para su intimidad. La doctrina científica, habla de los actos de disposición que voluntariamente bajan las barreras de la intimidad o del secreto. Una de las formas de bajar las barreras es la utilización de un soporte que está sometido a cierta publicidad o a la inspección de otra persona: quien manda una postal, en lugar de una carta cerrada, sabe que el secreto no afectará a lo que está a la vista; quien entra en el ordenador sometido al control de otro, que ha prohibido los usos personales y que tiene *ex lege* facultades de control, sabe que no tiene una garantía de confidencialidad».

El ejemplo propuesto deja poco margen a la interpretación futura, y junto con el guiño —que puede considerarse una invitación— a los pronunciamientos de la negociación colectiva —«En el caso del uso personal de los medios informáticos de la empresa no puede existir un conflicto de derechos cuando hay una prohibición válida. La prohibición absoluta podría no ser válida si, por ejemplo, el convenio colectivo reconoce el derecho a un uso personal de ese uso»—, se ofrece una doctrina clara y segura sobre las posibilidades de las decisiones unilaterales empresariales en este ámbito.

B) La declaración al empresario de cumplimiento de los requisitos legales del TRADE es constitutiva del contrato

Aunque no se exija forma escrita para el contrato de TRADE, lo cierto es que la jurisprudencia unificada se ha inclinado por considerar que la Ley exige la comunicación fehaciente al empresario de que existe la dependencia económica. Así, la **STS de 24 de noviembre de 2011 (IL J 51/2012)** afirma que «(...) es cierto que en nuestro derecho es norma general la de que la forma escrita de los contratos y su incorporación a registros públicos no se requiere “ad solemnitatem”, sino tan sólo “ad probationem”, cual muestran los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código Civil y el 8 del Estatuto de los Trabajadores. Pero el que

la Ley no requiera la forma escrita “ad solemnitatem”, no significa que la misma no condicione la validez del contrato al conocimiento por la empresa empleadora de la condición de trabajador autónomo dependiente a quien contrata con ella, conocimiento que es un elemento constitutivo del contrato. Por ello, aunque puede aceptarse que el artículo 12-1 de la Ley 20/2007 no establece la necesidad de forma escrita como requisito “ad solemnitatem”, debe rechazarse que no tenga carácter constitutivo del contrato la comunicación, por el trabajador a quien le contrata de su condición de dependencia económica de quien lo emplea, cual requiere el núm. 2 del citado artículo 12 y reiteran el párrafo segundo de la transitoria tercera de la Ley, y el artículo 2.º y la transitoria segunda del RD 197/2009. Ello porque, si, conforme al artículo 11-1 de la Ley, la condición de trabajador autónomo dependiente se tiene solo con respecto a la persona (física o jurídica) de la que se depende económicamente por percibir de ella, al menos, el 75 por 100 de los ingresos de la actividad autónoma desarrollada, es claro que esa condición sólo se tiene con respecto a una persona (art. 11-1 y 12-2) pues sólo es posible facturar el 75 por ciento de la actividad a un cliente. Como ese dato y las demás condiciones que requiere el artículo 11-2 de la Ley sólo son conocidas por el trabajador autónomo, si el mismo no comunicara esa circunstancia a quien lo contrata, la naturaleza del contrato quedaría a su arbitrio, lo que no es posible porque, aparte que el artículo 1.256 del Código Civil prohíbe que la validez y el cumplimiento de un contrato queden al arbitrio de una de las partes, resulta que el contrato sería nulo por un vicio del consentimiento prestado por el “cliente”, al ignorar la naturaleza del contrato suscrito (artículo 1.266 del Código Civil). Para evitar esa nulidad, la Ley impone que el trabajador notifique a quien le contrata su condición de dependiente, como requisito constitutivo del contrato, lo que no impide que por otros medios pueda el trabajador acreditar la existencia de ese elemento constitutivo y su conocimiento por el “cliente” que lo contrató. Como en el presente caso esa comunicación no se hizo al cliente, dentro del plazo que, al efecto, le concedían la transitoria tercera de la Ley 20/2007 y la segunda del RD 197/2009, cabe concluir que el contrato originario no se novó, ni se transformó en un contrato TRADE».

Idéntica doctrina sostiene la **STS de 28 de noviembre de 2011 (IL J 56/2012)**.

C) La errónea información sobre los recursos resolviendo reclamación previa afecta a la regulación de la caducidad

Aunque la **STS de 28 de noviembre de 2011 (IL J 64/2012)** lo diga de una forma menos directa, lo cierto es que su doctrina supone que la regulación de los plazos de caducidad para la interposición de acciones ceden, y son sustituidos, por los que pueda señalar una contestación a reclamación previa errónea, en la medida en que hayan dado un trato al reclamante más favorable que el dispensado por la norma aplicable.

Así, esta resolución afirma que «la doctrina de la Sala ya ha sido unificada por la sentencia de contraste, que ha sido reiterada por la sentencia 17 de septiembre de 2009. En estas sentencias se establece siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional —SSTC 193 y 194/1994 y 214/2002— que “las normas sobre la incidencia de la reclamación previa sobre la caducidad de la acción han de interpretarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que respeten las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24 de la Constitución”, de forma que a la hora de pronunciarse sobre la caducidad han de tenerse en cuenta también los preceptos de la Ley de

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, en concreto, su artículo 58 sobre los efectos de las notificaciones administrativas defectuosas, sin que la Administración pueda beneficiarse de sus propias irregularidades, por haber inducido a error a los demandantes. De ahí que “no puede calificarse de razonable una interpretación que prima los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales”, sino que, por el contrario, resulta razonable aplicar la regla del art. 58.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme a la cual “la notificación, aun errónea, debió surtir efectos al interponerse la correspondiente demanda, que, por ello, quedaba dentro del plazo legalmente señalado”».

D) La condición más beneficiosa no puede suprimirse por decisión unilateral del empresario

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2011 (IL J 1443/2011) compendia la doctrina sobre las condiciones más beneficiosas unificada por la Sala cuarta. En esta ocasión, se trata de personal de Iberia que recibe un plus de disponibilidad durante la situación de reducción de jornada por guarda legal, sin que para extenderse a cualquier trabajador sea preciso acreditar en el pleito nada más que la existencia de esta interpretación previa y sin que cuente con trascendencia el hecho de que la trabajadora se incorporara a la empresa con posterioridad a la decisión unilateral reputada ilegal.

En efecto, se recuerda en primer lugar la jurisprudencia general sobre el particular:

«La doctrina de esta Sala tiene declarado —SSTS de 29-3-2000 (rec. 3590/1999) o 20-11-2006 (rec. 3936/05)— con cita de otras anteriores “que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (sentencia de 16 de septiembre de 1992, 20 de diciembre de 1993, 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual “en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho” (sentencias de 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996) y se pruebe, en fin, “la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo” (sentencia de 25 de enero, 31 de mayo y 8 de julio de 1996).

La doctrina de esta Sala es concluyente en el sentido de entender que reconocida una condición más beneficiosa esta condición se incorpora al nexo contractual y ello impide poder extraerlo del mismo por decisión del empresario, pues la condición en cuanto tal es calificable como un acuerdo contractual tácito —art. 3.1.c) ET— y por lo tanto mantiene su vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable —siendo de aplicación en el caso las previsiones del art. 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y el art. 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar de forma unilateral. En este sentido se ha pronunciado de forma reiterada esta Sala en diver-

sas sentencias entre las que pueden citarse como más recientes las SSTs de 29-3-2000 (rec. 3590/99), 20-11-2006 (rec. 3936/05), 12-5-2008 (rec. 111/07) o 13-11-2008 (rec. 146/07).

Desde esas premisas, aplicadas al caso, se sostiene que “concorre claramente la condición beneficiosa consistente en el derecho de la actora al cobro del plus de disponibilidad, pues se trata de una decisión unilateral del empresario que no se realizó a favor de la actora (con carácter individual) ni tampoco a favor de determinado número de trabajadores en razón de sus circunstancias particulares (carácter plural), sino a favor simultáneamente de determinado grupo de trabajadores que se encontraban, como grupo, en determinada situación —la de reducción de jornada por guarda legal— (carácter colectivo), lo cual la hace inatacable salvo por la vía del art. 41.4 del ET, no siendo suficiente otra decisión unilateral del empresario, como la adoptada a partir del 1 de enero de 2004, para dejarla sin efecto».

2. REGULACIONES INCLUIDAS EN EL CONTRATO DE TRABAJO

A) La modificación de una mejora voluntaria de la Seguridad Social emanada de un Reglamento de régimen interior exige negociación colectiva, no valiendo pactos individuales en masa

La Sentencia de la Audiencia Nacional recuerda la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo sobre el lugar actual de los Reglamentos de régimen interior en el sistema de fuentes de la relación laboral, trayendo a colación la STS de 21 de noviembre de 2001, a cuyo tenor «Es cierto que con la aprobación del Estatuto de los Trabajadores, el reglamento de régimen interior desaparece del cuadro de las “fuentes de la relación laboral” (art. 3 del Estatuto de los Trabajadores), ya que no puede encuadrarse ni en los reglamentos ejecutivos que contempla el apartado a) del número 1 de este artículo en relación con el número 2, ni obviamente en la regulación de condiciones de trabajo por ramas de actividad que, con carácter excepcional, autoriza la disposición adicional primera de dicho texto legal. Por otra parte, la disposición final tercera (texto de 1980) relacionaba expresamente entre las disposiciones derogadas por el Estatuto de los Trabajadores la Ley de Reglamentaciones de Trabajo, la Ley de Contrato de Trabajo y el Decreto de 12 de enero de 1961, debiendo considerarse incluida en la cláusula derogatoria general la Orden de 6 de febrero de 1961. Quedaron, por tanto, sin vigencia el Decreto 20/1961 y los preceptos que en la Ley de Contrato de Trabajo y en la Ley de Reglamentaciones de Trabajo regulaban el reglamento de régimen interior, sin que sea aplicable respecto a dichos preceptos la previsión contenida en el párrafo primero de la disposición final cuarta del Estatuto de los Trabajadores, pues no se trata de normas que regulen aspectos y circunstancias de las relaciones individuales de trabajo, sino de un mecanismo de intervención normativa ajeno a los principios que inspiraban el nuevo sistema de relaciones laborales. Ahora bien, el alcance de esta derogación queda limitado exclusivamente a las disposiciones a que se ha hecho referencia, sin que afecte a los reglamentos de régimen interior aprobados con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, que continúan siendo de aplicación, como declaró el extinguido Tribunal Central de Trabajo en numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 21 de diciembre de 1981, 11 de enero de 1982, 14 de diciembre de 1983, 3 de octubre de 1984, 30 de enero de 1985 y 22 de julio de 1987, y esta Sala en sentencias como la de 10 de julio de 2000 (recurso 580/2000) en la que se re-

produce la doctrina de la de 11 de abril de 1991 (recurso de casación por infracción de Ley núm. 5119/1988) por considerar que, al igual que se prevé para las ordenanzas laborales en la disposición transitoria segunda del Estatuto de los Trabajadores, los reglamentos de régimen interior continúan siendo de aplicación como derecho dispositivo en tanto no se sustituyan por convenio colectivo».

Desde el momento en que el plan propuesto y aceptado masivamente por los trabajadores exige además la renuncia al previo, es considerado una modificación individual en masa de espacios reservados a la negociación colectiva, con la consiguiente aplicación de la conocida interpretación del Tribunal Constitucional, contenida, entre otras, en la STC 238/2005, de 26 de septiembre.

B) El complemento de prestaciones de la Seguridad Social puede continuar más allá de la vigencia del contrato de trabajo

El complemento al 100% del salario en supuestos de accidentes de trabajo es relativamente común. El supuesto al que se enfrenta la **STS de 22 de noviembre 2011 (IL J 44/2012)** es el de un contrato extinguido durante la vigencia de la Incapacidad Temporal. ¿Comporta esa extinción la del derecho nacido del convenio colectivo? No necesariamente, pues: «a) La fuente reguladora de las medidas de carácter social establecidas en los Convenios Colectivos —o pactos de empresa— que mejoran las prestaciones de la Seguridad Social se encuentran en los propios pactos o reglas que las hayan creado, lo que comporta que el título de constitución de la Seguridad Social complementaria haya de ser interpretado con arreglo al tenor de las cláusulas que las establezcan, como se infiere del art. 192 LGSS (SSTS 20/03/97 —rcud. 2730/96—; 13/07/98 —rcud. 3883/97—; 20/11/03 —rcud. 3238/03—; y 31/01/07 —rcud. 5481/05—); b) Si bien esta remisión implica que no caben interpretaciones extensivas que alcancen a supuestos no contemplados específicamente por las partes (STS 09/02/04 —rco. 18/03—; y 31/01/07 —rcud. 5481/05—), no lo es menos que tampoco es hacedero hacer interpretaciones restrictivas del derecho que colectivamente se pacta, sino que —antes al contrario— una interpretación armónica del ordenamiento jurídico remite a interpretar las mejoras voluntarias con criterios propios del Sistema de Seguridad Social y entre ellos —pero únicamente en supuestos de textos con dudoso significado no atendible por los habituales criterios exegéticos— el principio “pro beneficiario”; y c) Asimismo, conforme al art. 1281 CC, hay que estar como primer canon de interpretación a los términos literales del título constitutivo, de forma que si los mismos son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, no es de aplicar otra regla hermenéutica que aquella que atiende al sentido gramatical (SSTS 13/10/03 —rcud. 4466/02—; y —Sala General— 15/05/00 —rcud. 1803/99—)».

La Sentencia, asumiendo la premisa descrita, desciende al caso concreto para afirmar que «en atención a su específica regulación convencional, desde el momento en que el derecho se reconoce a favor de la “IT por accidente de trabajo” y que tal derecho se configura “a partir del primer día de la baja médica”, sin excepcionarse —explícita o implícitamente— período alguno posterior, tanto la redacción del precepto colectivamente pactado cuanto del propio texto del art. 192 LGSS [“cuando ... un trabajador haya causado el derecho a la mejora ... ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento”], así como la aplicación de los criterios pro-

pios de la materia de Seguridad Social, todos ellos llevan a la conclusión de que —como en las prestaciones propiamente dichas— la existencia de la relación laboral únicamente trasciende —es necesaria— en la fecha del hecho causante y que se hace irrelevante en el posterior devenir de la mejora complementaria. Al menos —insistimos— en la regulación colectiva que es objeto de examen».

3. CONVENIOS COLECTIVOS

A) Determinación del convenio colectivo aplicable y cosa juzgada

En un nuevo pleito entre las partes, existe la vinculación entre sujetos que requiere el efecto positivo de la cosa juzgada, de manera que si también existe relación entre los pronunciamientos —*in casu*, entre una reclamación salarial y el cálculo de la indemnización por despido—, no cabe discutir el convenio colectivo de referencia, aceptándose aquél que se juzgó el correcto en el primero de los asuntos resuelto de forma definitiva.

En expresión de la **STS de 17 noviembre de 2011 (IL J 37/2012)**, la doctrina general sobre este punto puede expresarse, con remisión a resoluciones de la misma Sala Cuarta, en los siguientes términos: «(...) establece como doctrina unificada al respecto que “el efecto positivo de la cosa juzgada, que regula el art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se configura como una especial vinculación que, en determinadas condiciones, se produce entre dos sentencias, en virtud de la cual lo decidido por la resolución dictada con carácter firme en el primer proceso vincula la decisión que ha de adoptarse en el segundo cuando la primera decisión actúa como elemento condicionante de carácter lógico o prejudicial en la segunda. Los elementos necesarios para el efecto positivo de la cosa juzgada son la identidad subjetiva entre las partes de los dos procesos y la conexión existente entre los pronunciamientos”».

Aplicado al caso señalado, entonces, se puede afirmar que: «En el presente caso estos dos elementos concurren entre lo decidido por la sentencia firme de la Sala de Andalucía, Sevilla, de 7 de julio de 2009 y lo que se decide en estas actuaciones. En efecto, las partes del proceso que terminó con la sentencia de contraste son las mismas que actúan en este proceso, y aunque el objeto de los procesos difieren en orden a las cantidades reclamadas, en un caso indemnización subsiguiente a despido improcedente y en otro, reclamación de cantidad, esta diferencia, en palabras de la sentencia de 25 de mayo de 2011, no es relevante, porque lo importante es la conexión de las decisiones; no la identidad de objetos, que por definición no podría producirse, pues “a diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo, el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad, que de darse actuaría excluyendo el segundo proceso, sino que para el efecto positivo es suficiente que lo decidido, lo juzgado, en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado”».

B) Fuente determinante del derecho al ascenso y prescripción

La interesante **STS de 21 de noviembre de 2011 (IL J 41/2012)** recuerda la necesidad de indagar cuál es la causa de un derecho a promoción profesional para juzgar sobre su

eventual prescripción, pues si en la mayoría de los casos proviene de un hecho concreto, lo que la configura como una obligación de tracto único, también es posible que sea de tracto sucesivo.

Así, recuerda que tratándose de «reconocimientos de categoría profesional determinados por el contrato o por procesos de promoción interna, el plazo para accionar frente a la asignación profesional llevada a cabo por la empresa comienza a correr desde el día en que se conoce, esto es, desde la fecha del respectivo contrato o acto de promoción, porque la atribución de la categoría tiene esencia de obligación de tracto único que se cumple y finaliza con el propio acto, con el que principia el plazo de decadencia de un año que establece el art. 59.2 ET (así, SSTS 14/06/96 —rcud. 166/96— ... 23/06/98 —rcud. 3573/97—; y 29/11/98 —rcud. 3494/98—). Y con la misma rotundidad se ha dicho —más concretamente— que tratándose de encuadramiento de la categoría profesional conforme al sistema pactado en Convenio Colectivo, como se trata —también— de una obligación de tracto único la prescripción de la acción es de un año y debe computarse a partir del referido encuadramiento de los trabajadores en las respectivas categorías previstas en el Convenio Colectivo, pues cuando se discute “la declaración y el reconocimiento de la categoría llevada a cabo en convenio colectivo ... sobre el sistema de clasificación profesional, y en consecuencia no existe un derecho/obligación de tracto sucesivo sino de ‘tracto único’ ... la declaración y el reconocimiento de la categoría reclamada ... es, pues una obligación de tracto único... [por lo que] sentados los anteriores extremos, es claro que la acción pudo haberse ejercitado en cada uno de los demandantes... siendo aplicable el plazo de prescripción de un año” (SSTS 27/04/04 —rcud. 5447/03—; y 03/10/08 —rcud. 2991/06—)».

Pero en el caso concreto no era ninguno de esos supuestos, sino que la novedad provenía de la antigüedad del trabajador, pues lo pretendido era la «aplicación de un sistema de ascensos previstos en un Convenio Colectivo —el XII— por el que en su día se había regido la relación laboral del actor y que éste sostiene debe respetársele por aplicación de la Cláusula Adicional Tercera del XIII Convenio, que estableció —se argumenta— la consolidación del ascenso por antigüedad como derecho adquirido (...) Con ello resulta claro que el objeto de la litis no es una obligación —y correlativo derecho— de tracto único, cual sería la atribución de una determinada categoría profesional por unos concretos hechos [contrato inicial, proceso de promoción interna, funciones desempeñadas o encuadramiento por nuevo cuadro clasificatorio], sino de tracto sucesivo [el afirmado derecho adquirido a ascender por mera antigüedad] que es ejercitable durante toda la relación de trabajo, aunque sin perjuicio de los innegable efectos que el instituto de la prescripción pudiera tener respecto de algunas de sus consecuencias [particularmente las económicas]. Afirmación que hacemos, por supuesto, sin prejuzgar en manera alguna la existencia o inexistencia de tal derecho, que ha de decidir la Sala de lo Social del Tribunal Superior, tal como la recurrente interesa».

C) Participación en Comisiones normativas y aplicativas de Convenios colectivos por Sindicatos no firmantes

La **Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de diciembre de 2011 (IL J 28/2012)** recoge la doctrina constitucional y jurisprudencia sobre la cuestión, para afirmar el derecho a participar en las comisiones con capacidad normativa, pero no en el resto.

En cuanto a lo primero, «sobre la legitimación para participar en comisiones paritarias de naturaleza normativa y aplicativa, de acuerdo con el necesario respeto a la libertad sindical en su manifestación de derecho a la negociación colectiva, el Tribunal Supremo nos recuerda que “El tema que se debate ya ha sido resuelto por consolidada doctrina de esta Sala, que parte de las afirmaciones llevadas a cabo —entre otras— por las SSTC 73/1984 [27/Junio) y 184/1991 [30/Septiembre], en las que se distingue entre Comisiones “negociadoras” y meramente “aplicadoras”. Las primeras son las constituidas para modificar las condiciones de trabajo pactadas, estableciendo nuevas reglas —normas— para regir las relaciones laborales en el ámbito de aplicación del convenio; en este caso se trata de una negociación, cualquiera que sea el nombre que se les dé; por lo que deben aplicarse las reglas generales de legitimación y en consecuencia considera el Tribunal Constitucional que todos los Sindicatos que tengan la necesaria representatividad tienen derecho a formar parte de la Comisión “negociadora” y que su exclusión atenta al principio de libertad sindical».

Respecto a la otra cuestión, partiendo de que: «las Comisiones “aplicadoras” son las que tienen por objeto la interpretación o aplicación de alguna de las cláusulas del convenio colectivo, la adaptación de alguna de ellas a un problema no previsto o la adaptación de su contenido según datos objetivos y prefijados», se afirma que: «dada su naturaleza consensual y negocial, el Convenio Colectivo no sólo crea reglas para las relaciones de trabajo, sino también compromisos y obligaciones asumidas por las partes que lo conciertan, configurándose como una unidad y como un conjunto integrado de prestaciones y contraprestaciones o contrapartidas que se explican unas en función de las otras —STC 210/1990—, no siendo lógico ni razonable (ni desde luego constitucionalmente exigible) pretender gozar de los derechos contractuales reconocidos en el Convenio a sus partes firmantes, sin sujetarse a las obligaciones dimanantes de él. Entre estas contrapartidas puede incluirse la creación de instrumentos a través de los cuales no sólo se ejecuta en sentido estricto el contenido normativo del Convenio Colectivo, sino que se crean instancias comunes de consulta y participación, a las que el empresario no habría de someter sus decisiones o propuestas si no estuviera vinculado y obligado a ello por el Convenio Colectivo. La dinámica conflictual que está en la base de la relación negocial colectiva no es incompatible con la posibilidad de crear desde el Convenio Colectivo mecanismos de cooperación y colaboración, más allá de la esfera de la coerción y el consenso puntual que han caracterizado a nuestra contratación colectiva, e incluso esas formas de participación creadas a través de la contratación colectiva pueden encontrar su apoyo constitucional también en los arts. 9.2 y 129.2 CE. Estas cláusulas, que no son tanto de “administración” del Convenio Colectivo en sentido propio, sino más bien de carácter institucional no vinculan, desde luego, a quienes no sean parte del Convenio Colectivo, que no resultan obligados a la lógica cooperativa subyacente en este tipo de organismos, pero por ello mismo tampoco tienen derecho a acceder a las correspondientes comisiones quienes no aceptan los compromisos y objetivos subyacentes en su creación».

Así, aun reconociendo que en ocasiones la propia Sala Cuarta se ha apartado de esta doctrina por considerar que puede lesionar la libertad sindical en cuanto a la igualdad de trato en la acción sindical, se «coge la que hemos denominado doctrina “clásica”, basada en la escrupulosa aplicación de los dictados del Tribunal Constitucional, según la cual no se vulnera la libertad sindical por excluir de comisiones aplicativas de un convenio a quienes no lo firmaron, aunque hubieran participado en la negociación».

D) El convenio colectivo aplicable a empresa que concurre a contrata es el del sector correspondiente, aunque sea un centro especial de empleo

La **STS de 4 de octubre de 2010 (IL J 1434/2011)** no acepta que un centro especial de empleo, sea cual sea su objeto social, y la actividad delimitada en su convenio colectivo, no quede sujeto al convenio sectorial de referencia si acude a una contrata. Con rotundidad, afirma que «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 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».

E) Constitución de comité intercentros sólo afecta a los trabajadores incluidos en el convenio

Las peculiaridades presentes en las relaciones laborales de las líneas aéreas se muestran aquí en una faceta novedosa. La existencia de varios convenios franja comporta la duda del alcance y funcionalidad de los comités intercentros que puedan crear. La **Sentencia de la Audiencia Nacional 7 de diciembre de 2011 (IL J 24/2012)** advierte que, sea cual sea la composición prevista para ese comité, sus decisiones como órgano unitario se ciñen al ámbito del que trae causa

ICÍAR ALZAGA RUIZ

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 eclesíásticas.

f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales.

g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares.

h) Funcionarios en prácticas.

i) Funcionarios del Estado transferidos a las CC.AA.

j) Miembros de las corporaciones locales.

k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas.

l) Otros.

C) Exclusiones.

a) Servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad.

b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial.

c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social.

6. TRABAJADORES SOMETIDOS A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

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

STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2011 (Recurso de Suplicación núm. 4026/2010), IL J 76/2012.

1. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Madrid incoa a la empresa DESARROLLO acta de Liquidación de cuotas al RGSS por los ejercicios 2003, 2004 y 2005 por entender que mantenía una relación laboral y no de arrendamiento de servicios con Agapito, Carlos e Efrain en dichos años, según informe que obra en autos y el acta de Infracción coordinada de Seguridad Social. Propuso la imposición de sanción en su grado mínimo por importe total de 1.803,03 euros.

Agapito, Carlos y Efrain durante 2003, 2004 y 2005 prestaron sus servicios profesionales como odontólogos para la empresa demandada, estando de alta en el RETA, no por alguna empresa, desde 01/01/2003, 01/01/1999 y 01/01/1999 respectivamente, realizando la actividad de odontología, estando colegiados en el Colegio de Odontólogos de la Comunidad de Madrid. D. Agapito, D. Carlos y D. Efrain en fechas 01/01/2003, 22/10/2002 y 15/09/2004 suscribieron, respectivamente, con la Clínica Desarrollo un contrato de arrendamiento de servicios profesionales. D. Agapito, D. Carlos y D. Efrain actuaban en la prestación de servicios con total independencia en la forma de realizar los servicios de odontología, sometido exclusivamente a las normas deontológicas impuestas por su Colegio Profesional, sin que la Clínica Desarrollo procediese a indicarles la forma en que debían proceder en la realización de los tratamientos odontológicos. D. Agapito, D. Carlos y D. Efrain realizaban su actividad con plena facultad para aceptar o no los encargos puestos en su conocimiento por la Clínica, prescribiendo, en caso afirmativo, el tratamiento correspondiente sin que la Clínica le diese ningún tipo de instrucción relativa al tratamiento. D. Agapito, D. Carlos y D. Efrain disponían del tiempo de su trabajo decidiendo cuándo realizaban sus actos profesionales, cuándo trabajan, a qué clientes atienden, sus vacaciones, eligiendo ellos mismos las suplencias en caso de inasistencia y, si lo estimaban necesario, podían contratar a cualquier persona que les asistiera, bajo su estricta responsabilidad y dependencia. D. Agapito, D. Carlos y D. Efrain establecían libremente el horario de atención a los pacientes y de tratamientos, aceptando la Clínica dichos horarios, lo cual permitía al profesional desarrollar su actividad en otras clínicas de forma libre. D. Agapito, D. Carlos y D. Efrain pactaron un porcentaje con la Clínica Desarrollo según los actos clínicos realizados, pagando el profesional el coste de las prótesis, liquidándose dichos actos odontológicos con la correspondiente factura según lo acordado entre las mismas en los porcentajes pactados, diferentes para cada uno de ellos. D. Agapito, D. Carlos y D. Efrain aportaban para la realización de su trabajo aquellos materiales propios de su especialidad, aportando la Clínica únicamente alguna aparatología fija. D. Agapito, D. Carlos y D. Efrain tenían cubierto el correspondiente seguro de responsabilidad civil asumiendo el riesgo y ventura de sus actos odontológicos. En la demandada emplearon los medios materiales y humanos pertenecientes a la empresa demandada que principalmente eran necesarios para desarrollar su actividad, siguiendo las instrucciones, dirección y organización del titular de

la empresa, bajo el horario y retribución mensual previamente pactada según los procesos y procedimientos acordados por el Centro. En definitiva, bajo las condiciones que constan en las Actas objeto de este procedimiento y que se tienen aquí por íntegramente reproducidas.

2. La demandada recurrente impugna la sentencia que ha declarado en instancia la existencia de contratos de trabajo, con base en el contenido de los informes de la IT y SS, por la falta de apreciación directa de los hechos por parte del inspector actuante con lo que, las actas son arbitrarias, no se ha realizado actividad inspectora y no gozan, por lo tanto, de presunción de veracidad, por la vulneración de lo establecido en los artículos 7 de la Ley 42/1997, DA 4.^a de la Ley 42/1997, y de los arts. 51 y 53 del RDLeg 5/2000, en relación con lo establecido en los artículos 1 y 8.1 LET.

Afirma el TSJM que en el caso presente, tras la revisión fáctica, el médico es el que fija el horario —falta así uno de los «indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial, al tener libertad horaria que distribuye según sus necesidades sin recibir instrucciones de la clínica (pudiendo, además, decidir las fechas de sus vacaciones)—, por lo que quiebra la nota de dependencia, ya que los servicios no se prestan «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona», sino que se llevan a cabo con autonomía e independencia del criterio de la empresa, ya que ésta no puede dictar órdenes o instrucciones sobre la forma de ejecutarlos, limitándose a aportar los medios materiales y las instalaciones. El médico es retribuido mediante un porcentaje sobre los ingresos abonados por los pacientes (lo que aporta la necesaria nota de prestación de servicios profesionales de carácter indivisible o por acto, resultando «un claro indicio que inclina a pensar en el arrendamiento de servicios el hecho de que la retribución se perciba en función de los asuntos en los que el profesional ha intervenido», pudiendo además rebajar doña Inés los precios de los tratamientos, por lo que quiebra la nota de la ajenidad. La única nota distintiva entre contrato de arrendamiento de servicios y de trabajo es que en éste la prestación de los servicios profesionales es bajo la dirección y ámbito de organización de un empleador, y normalmente, aunque no necesariamente, con carácter exclusivo. En este sentido, la línea divisoria entre una y otra opción se halla en la «integración en el círculo rector y disciplinario del empresario», «... dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica» (artículo 1.1 LET). Para delimitar ambas figuras contractuales, la ajenidad carecerá de virtualidad diferenciadora. El examen habrá de detenerse en la comprobación del modo de la prestación, distinguiendo si se realiza con la independencia propia de un profesional libre, o por el contrario, mediante la integración en una organización ajena. En el caso del arrendamiento de servicios, el profesional realiza su cometido con entera independencia, teniendo libertad para aceptar o rechazar los encargos, y normalmente cuenta con una organización propia, en ocasiones con trabajadores a su servicio, que le permite ofrecer sus servicios en el mercado con autonomía. El profesional percibe sus retribuciones en forma de honorarios, que fija valorando por sí mismo los servicios prestados, ateniéndose en su caso a los establecidos por la corporación profesional respectiva. Por el contrario, el contrato de trabajo implica la integración en el ámbito de organización y dirección de otra persona, el empleador, y sin que el trabajador tenga libertad para aceptar o rechazar el trabajo que se le asigna y sin que exista o se haya considerado la existencia de una organización propia del trabajador. Si existe dependencia, la retribución deberá considerarse salarial, a pesar de la forma que eventualmente se le haya podido dar y desde luego la fijación unilateral de las retribuciones por la empresa, sin relación alguna con un

sistema de honorarios profesionales, debe apuntar a la laboralidad de la relación. Pero esta caracterización tiende a difuminarse cuando se pacta el arrendamiento de servicios con carácter de continuidad y con sujeción a un régimen retributivo de iguala, obligándose el arrendador a prestar sus servicios en todas las ocasiones en que se le requiera y mediante el cobro de una retribución uniforme previamente estipulada. Respecto de la dependencia, no se opone a la misma el hecho de que el trabajador pueda gozar de cierta, elevada, independencia técnica en la ejecución de su trabajo, según lo requiera la índole de la profesión o tarea desempeñada; puede y suele manifestarse a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar y modo de realización del trabajo, como jornada y horario preestablecidos, puesto de trabajo en fábrica u oficina, ordenación y control continuos y eventual ejercicio del poder disciplinario.

En el presente caso queda claro que no existen los caracteres de dependencia y ajenidad en la relación examinada, concretando los profesionales su propio horario, facturando sus servicios a la empresa que comprobaba antes de abonarlos, aportando material propio para desarrollar su profesión a excepción del material fijo en las instalaciones, desarrollando su actividad con total autonomía, bajo la modalidad de arrendamiento de servicios, organizando su tiempo de trabajo, contando o no con personal ayudante del que el profesional respondía, sin recibir orden alguna sobre la realización de su trabajo, lo que lleva a declarar que entre D. Agapito, D. Carlos y D. Efrain con la clínica Desarrollo existía una relación de arrendamiento de servicios.

3. Es cierto que la diferencia entre el contrato de trabajo y el de arrendamiento de servicios es de matices, lo que no quiere decir que no exista, sino que es difícil de apreciar. La diferencia ha de encontrarse en las circunstancias concurrentes en la relación que une a las partes y en el desarrollo y contenido de dicha prestación. Si en ella concurren las notas definitorias de la relación laboral, tal como aparecen en el art. 1.1 del LET, el contrato será de trabajo (ATS de 13-07-1992).

La dependencia y ajenidad han de ser extraídos de un conjunto de indicios. En relación con el de dependencia, se hallan el de la asistencia al centro de trabajo del empleador, el desempeño personal del trabajo sin perjuicio de excepcionales suplencias o sustituciones, la inserción del trabajador en la organización productiva de la empresa, que es la que se encarga de programar la actividad laboral y la ausencia de organización empresarial propia por parte del trabajador. Por lo que hace a la nota de ajenidad, son indicios la entrega o puesta a disposición del empresario de los productos elaborados o de los servicios realizados por el trabajador, el que sea el empresario y no el trabajador el que adopte las decisiones relativas a las relaciones del mercado o con el público, la fijación de precios o tarifas, la selección de clientela, la indicación de personas a atender, el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma, de acuerdo con un criterio que guarde proporción con la actividad profesional prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones. Si bien resulta que los profesionales médicos odontólogos gozan de determinada autonomía en orden a la indicación de los trabajos que han de realizar los pacientes, en la fijación de los precios de los servicios prestados conforme a la tarifa de precios mínima recomendada por los propios laboratorios titulares de la franquicia y, asimismo, pueden desarrollar servicios en otras clínicas distintas y establecer sus propias

sustituciones o suplencias, en la prestación de los servicios que efectúan para la entidad demandada se dan, claramente, las notas de voluntariedad, de ajenidad y de dependencia, pues los frutos del trabajo se transfieren, inicialmente, a la empresa la que, asume la obligación de pagar el salario, con independencia de la obtención de beneficios, que los trabajos se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de dicha empresa y dentro del horario de apertura al público fijado por la misma y que, finalmente, la retribución garantizada que percibe el odontólogo está en función de un porcentaje sobre la facturación, efectivamente, cobrada a los clientes atendidos en la clínica DENTAL en un sistema retributivo propio del salario a comisión. Y el médico está obligado a la prestación personal de los servicios. En suma, todos los indicios habituales de dependencia y de ajenidad acreditan la calificación de laboralidad en el caso enjuiciado.

En el caso de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes. En cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena. No está de más señalar, por último, que tanto en la profesión médica como en general en las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas (STS de 7-11-2007).

En el contrato de trabajo la causa objetiva del tipo contractual es una especie del género del arrendamiento de servicios que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada; cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo. Los indicios comunes de dependencia son 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, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones, la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad, y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. Indicios comunes de la nota de ajenidad son la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados, la adopción por parte del empresario de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender, el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo, 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. En el caso de las profesiones liberales, son indicios

contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes; en cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena.

El vínculo es laboral cuando los trabajos se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, sin que para ello sea preciso el sometimiento a jornada laboral, aunque se obliga a prestar el servicio durante el horario de apertura al público de la clínica, y dado que la retribución que percibe el odontólogo está 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, en sistema retributivo similar al salario a comisión, sin que las previsiones de sustituciones o suplencias del odontólogo en las licencias y otros supuestos singulares obstaculicen tal conclusión, porque constituyen la excepción y no la regla en la relación de servicios concertada entre los médicos demandantes y la entidad de asistencia sanitaria demandada (STS de 9-03-2010).

Parece un **indeseable lugar común afirmar que es un indicio de la falta de dependencia la no prestación personal del trabajo**. Se trata de cosas distintas. **El contrato de trabajo se caracteriza, entre otras cosas, por ser *faciendi necessitas***, de modo que si no presta la actividad el trabajador no es que no concurra la dependencia, es que falta el presupuesto de la prestación personal del trabajo. Son cosas distintas. Esa prestación personal del trabajo será dependiente o no. Y por cuenta ajena o no, y retribuida o no.

Tampoco se puede considerar un acierto estimar que, dado que los demandantes perciben un **porcentaje sobre los ingresos abonados por los pacientes, resulta «un claro indicio que inclina a pensar en el arrendamiento de servicios el hecho de que la retribución se perciba en función de los asuntos en los que el profesional ha intervenido»**. Y ello porque las **comisiones sobre precios obtenidos en ventas son una modalidad de las prestaciones salariales**. Es irrelevante que la comisión gire sobre el precio pagado por el cliente o sobre los beneficios generales u otros parámetros. Lo que es relevante, en cambio, es que no sea el cliente, sino el empresario, quien lo pague al trabajador.

Tampoco es muy afortunado asegurar que **si existe dependencia, la retribución deberá considerarse salarial, a pesar de la forma que eventualmente se le haya podido dar y desde luego la fijación unilateral de las retribuciones por la empresa, sin relación alguna con un sistema de honorarios profesionales, debe apuntar a la laboralidad de la relación**. Ello porque, de una parte, **no tienen conexión de necesidad la dependencia y el salario, pudiendo existir la primera y no el segundo; y a la inversa**. **Requieren elementos configuradores distintos, y tienen autonomía institucional**. Por otro lado, **el empresario puede pagar el salario, según criterios distintos, productividad, exigencia convencional o incluso atendiendo a los parámetros de los colegios profesionales, cuando el trabajador es un profesional libre, dependiente, por cuenta ajena y retribuido**. La estructura salarial y el *quantum* del salario, así como los parámetros que el

empresario tenga en cuenta, son libres. Cosa distinta es que el llamado salario albergue un plus de ganancia extra-salarial, o sea que asuma la configuración de un *aleas* empresarial. Añadase que es ajeno a toda la estructura contractual que la remuneración tenga elementos fijos y periódicos o no, con tal de que la máxima periodicidad de los elementos fijos, sea la mensual.

El eventual **ejercicio del poder disciplinario no puede ser sino una consecuencia, no un presupuesto.** En el contrato de trabajo existe, entre otras facultades empresariales, la disciplinaria. Pero no cabe la inversa, esto es, si una persona sanciona a otra, por ese único dato, no existe un contrato de trabajo. Desde otra perspectiva, el pluriempleo no previene en ningún sentido, pues la exclusividad no es nota necesaria de lo laboral.

El elemento relevante es el de la selección de la clientela, **la indicación de personas a atender, la vinculación o no de la orden de llevar a cabo esa atención.** Por otra parte, nada tiene que ver con la ausencia de ajenidad que los demandantes fueran titulares eventuales de la **responsabilidad civil asumiendo el riesgo y ventura de sus actos odontológicos.** En efecto, todo profesional, que debe seguir una *lex artis*, si la incumple, incide en responsabilidad civil, al margen de que trabaje por cuenta ajena o propia. Eso nada tiene que ver con asumir riesgo empresarial. Son cuestiones no solapables, sino de contenido y régimen jurídico manifiestamente de contenido distinto y propio.

En definitiva, **no existe laboralidad en el presente caso, porque los actores no estaban obligados a atender a los pacientes que les presentaba la clínica, porque utilizaban sus propios materiales, y porque decidían ser sustituidos por otros cuando les pareciera bien, sin más.** Esto es, falta la dependencia.

STSJ de Madrid de 8 de septiembre de 2011 (Recurso de Suplicación núm. 549/2011), IL J 1465/2011.

1. El caso comentado tiene por objeto la determinación como laboral o mercantil de la relación jurídica establecida entre la actora y la empresa demandada, dedicada a la comercialización de libros, diarios y revistas, regulada por las partes mediante un contrato mercantil de naturaleza mixta de comisión y depósito. En concreto, el referido contrato tenía por objeto la puesta a disposición por parte de la empresa demandada de uno de sus locales en un centro comercial para que la actora vendiera productos típicos de prensa y otros denominados atípicos como caramelos, etc.

La actora, tras estudiar las posibilidades comerciales del punto de venta, debía realizar a la empresa los oportunos pedidos, siendo ésta la que determinaba los precios de venta de los productos, sobre los cuales la actora percibía un porcentaje del 8%. De acuerdo con el contrato, la actora (denominada comisionista) desarrollaría su actuación mercantil contratando en nombre propio y con plena libertad para organizar su actividad, pudiendo incluso contratar a su cuenta y riesgo el personal que estimara oportuno. No obstante, esta libertad estaba limitada por (i) el horario del local, que debía ajustarse al del centro comercial; (ii) los compromisos contractuales con terceros contraídos por la empresa demandada; (iii) el cumplimiento, como es lógico, de las normas y reglamentos aplicables; (iv) el compromiso de exponer las promociones acordadas con la empresa demandada, y (v) la obligación de comunicar a la comitente toda contratación laboral que acordase la actora con terceros trabajadores, así como recabar el consentimiento de esos trabajadores para ceder

sus datos a la empresa demandada y aportar la correspondiente documentación laboral y de seguridad social para asegurar el cumplimiento de la normativa aplicable.

En relación a los riesgos asumidos, la actora tenía plena responsabilidad sobre el buen fin de las instalaciones y existencias que le eran suministradas, así como sobre los productos que no llegara a vender que, por incumplimiento de los plazos de devolución establecidos por las editoriales, no fueran admitidas por estas.

Por otro lado, es preciso señalar que era la empresa demandada la que realizaba la propuesta de factura de forma mensual, que posteriormente era validada por la actora. Siendo esta la situación, la empresa demandada decide finalmente rescindir el contrato mercantil, ante lo cual la actora 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. En un primer momento, el Juzgado de lo Social estimó la excepción de incompetencia de la jurisdicción por razón de la materia, absolviendo a la demandada sin entrar a conocer el fondo del asunto. Frente a esa sentencia, la actora interpuso un recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJ de Madrid), el cual entendió finalmente que lo que unía a las partes era una relación jurídico-laboral. De esta forma, la sentencia del TSJ anula la sentencia del Juzgado de instancia devolviendo las actuaciones para que el mismo examine las cuestiones litigiosas.

La calificación de la relación como laboral que realiza la sentencia comentada se basa en los argumentos que se exponen a continuación:

(a) En primer lugar, si bien formalmente se suscribió un contrato mercantil de comisión y depósito, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias como las de 18 de abril de 1988 y 21 de junio de 1990, los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, con independencia de la denominación que le otorguen los intervinientes, debiendo atenderse a la auténtica naturaleza manifestada en los actos realizados en su ejecución, que debe prevalecer sobre el *nomen iuris*.

(b) Hecha esta puntualización, la sentencia prosigue analizando el contenido y la naturaleza de las prestaciones y actuaciones llevadas a cabo por los contratantes en desarrollo de lo acordado. Para ello, el juzgador trae a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1998 que trataba un supuesto prácticamente idéntico. De esta forma, si bien el contrato otorgaba formalmente plena libertad a la actora para la organización de su actividad, esa libertad estaba restringida de forma que se dedicaba a realizar las ventas bajo la dependencia y dirección de la empresa (sometida a un determinado horario, a la exhibición única de las promociones y anuncios aportados por la empresa demandada, a los precios de venta establecidos por la misma, etc.).

(c) Por otro lado, si bien es cierto que el contrato estipulaba que la actora respondería del riesgo y ventura de las operaciones impagadas, lo cual *a priori* no es característico de una relación laboral, dicha cláusula no tenía efectividad alguna por cuanto que se trataba de ventas realizadas al contado y en las que el comisionista debía hacer la liquidación de forma diaria e ingresar lo recaudado.

(d) Asimismo, si bien la cláusula del contrato por la que la actora tenía la facultad de contratar por su cuenta y riesgo a personal laboral es en principio contraria a la existencia

de relación laboral, que se caracteriza por ser *intuitu personae*, entiende el TSJ que en este caso esa estipulación no tiene eficacia real y es utilizada a los meros efectos de «disfrazar» la naturaleza de la relación jurídica. La razón de esta afirmación estriba en el hecho de que la actividad desarrollada por la actora se produce en un local de escasa extensión con ingresos muy limitados, en cuyas circunstancias es difícil contratar personal; de hecho nunca llegó a hacerlo.

(e) Por último, la sentencia comentada recuerda que la actora seguía las instrucciones de la empresa también en materia de contabilidad, llegando incluso la demandada a realizar la propuesta de factura.

(f) En consecuencia, aprecia el Tribunal que en el presente caso la relación es laboral de acuerdo con el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, no siendo de aplicación la excepción del apartado f) del número 3 de dicho precepto.

3. La sentencia comentada del TSJ de Madrid no hace sino continuar la doctrina establecida en una sentencia anterior de esa misma Sala de 27 de septiembre de 2007 en un caso prácticamente idéntico al analizado. Ambas sentencias, por su parte, son fieles a la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1998, que analizaba también la relación existente entre las partes formalizada bajo un contrato mercantil de comisión para la venta de periódicos y revistas.

En el presente caso, entendemos que es incluso más clara, si cabe, la existencia de una relación laboral, por el hecho de que la actora estaba plenamente sometida a las instrucciones de la demandada en materia de contabilidad y funcionamiento mercantil, llegando incluso la empresa a realizar la propuesta de factura de forma mensual. Por ello, si bien en principio las estipulaciones del contrato parecían propias de una relación mercantil, la actora logró acreditar que en la práctica su libertad de organización estaba totalmente sometida a la empresa demandada y que a la vista de la actividad desarrollada muchas de esas estipulaciones no tenían eficacia real.

Consideramos que en el presente caso no puede entenderse que el TSJ de Madrid haya cambiado su doctrina con respecto a la sentencia de 20 de junio de 1995. En aquel caso, en el que al actor se le cedía también un local para la venta de diferentes publicaciones, y en el que asimismo la libertad del comisionista estaba restringida en ciertos aspectos (por el horario del centro comercial, por ejemplo), no quedó sin embargo acreditada la existencia de esa dependencia y sometimiento a numerosas instrucciones organizativas de la empresa comitente y, a mayor abundamiento, en aquel caso sí se materializó la cláusula por la que el actor podía contratar a personal, teniendo el mismo una trabajadora a su cargo.

En consecuencia, entendemos que la sentencia analizada es totalmente ajustada al Estatuto de los Trabajadores, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la propia línea doctrinal anterior de la Sala que resuelve.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

D) Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad

La doctrina de la sentencia que a continuación se comenta se aplica a otras subsiguientes como la de 26 de octubre de 2011 (Recurso de Suplicación núm. 3136/2011, ILJ 98/2012),

en las que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia resuelve sobre procedimientos esencialmente iguales al ser todas las demandantes contra la Consejería de Educación de la Junta de Galicia, apareciendo todas reseñadas en el acta de liquidación provisional de cuotas levantada por la Inspección de Trabajo.

STSJ de Galicia de 4 de octubre de 2011 (Recurso de Suplicación núm. 2266/2011), IL J 176/2012.

1. La demandante colaboraba junto con otras madres como vigilantes del comedor escolar del colegio público en el que cursaban estudios sus hijos. La colaboración consistía en preparar las mesas, servir la comida a los niños, vigilar que no hubiera ningún incidente durante la comida, ayudar a los niños a comer, recoger y limpiar las mesas tras la comida, vigilar a los niños en el patio y finalmente acompañarlos al transporte escolar cuando este llegaba una vez terminado el periodo de comidas. Además la colaboración también abarcaba la organización y el desarrollo de labores de vigilancia en fechas señaladas tales como: navidad, carnaval, Semana Santa, Fin de curso, etc.

El horario del comedor era de 14:30 h a 15:30 h, salvo los miércoles, que el horario se ampliaba hasta las 16:30 h. La demandante normalmente llegaba al comedor sobre las 13:45 h y se marchaba a las 15:45 h, 16:30 h los miércoles.

A las madres que colaboraban con el comedor se les facilitaban por parte del centro los guantes y las batas que vestían durante el desarrollo de su actividad.

Para colaborar con el comedor del centro era necesario que las interesadas rellenaran una instancia, acreditar que eran madres de alumnos del centro y que el centro las seleccionara.

Durante el tiempo que duró su colaboración la demandante recibió: 2007 (*septiembre a diciembre*), 633,42 €; 2008 (*todo el curso escolar*), 1.652,4 €, y 2009 (*enero a junio*), 973,44 €.

Ante el cese en sus colaboraciones con el comedor del centro docente la trabajadora interpone demanda por despido frente a la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria de Galicia.

2. La demanda presentada contra la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria es desestimada por el Juzgado de lo Social al apreciar la excepción de competencia del orden jurisdiccional social.

El Juzgado *a quo* entiende que no se cumplen los requisitos de laboralidad exigidos por el artículo 1.1 ET y, por tanto, no existe relación laboral entre demandante y demandada. Frente a dicha decisión se interpone recurso frente al Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

El recurso pretende por una parte la revisión del relato fáctico de la sentencia de instancia al entender que se prejuzga el fallo al usar el concepto de «colaboración». El TSJ entiende que el juzgador *a quo* no prejuzga en absoluto el fallo pues precisamente el litigio que se presenta al enjuiciamiento de la sala es determinar si esa colaboración es realizada en régimen de laboralidad o no.

Por otra parte, la actora pretende que se reconozca la competencia de la jurisdicción social al entender que su colaboración se realizaba en régimen de ajenidad, dependencia y

de forma retribuida. El Juzgado *ad quem* parte de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, que señala que los tribunales deben atender no a la literalidad de los contratos sino a la realidad que estos regulan. No es infrecuente, añade el Tribunal, que las partes contratantes pretendan simular la existencia de una relación civil o mercantil para evitar la aplicación de las normas laborales.

En el presente caso, el TSJ comparte el criterio del juzgador *a quo* y entiende que no se cumplen los requisitos señalados en el artículo 1.1 ET. En opinión de la sala la colaboración prestada por la actora en el servicio de comedor del centro educativo no se prestaba de forma dependiente. La actora no tenía un horario fijo, podía ausentarse del centro educativo en cualquier momento preavisando de dicha contingencia. Asimismo, las tareas desarrolladas eran pactadas con la dirección del centro. En consecuencia con lo anterior, la actora no estaba sometida al poder de dirección y control del empleador.

La Sala también pone en duda el requisito de la retribución de la prestación de servicios. Entiende el juzgado *ad quem* que la escasa cuantía de la compensación económica, junto con su pago íntegro independientemente del número de horas realizadas, llevaban a la imposibilidad de calificar dichas cantidades como salario. Por tanto, la exclusión de dos de los cinco requisitos del artículo 1.1 ET lleva a la sala a declarar la incompetencia del orden social para conocer del presente litigio.

En consecuencia, por todo lo expuesto, el TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la actora.

3. Señala con acierto la sentencia del TSJ que la relación planteada al enjuiciamiento de la sala no es una relación laboral. Por el contrario, nos encontramos ante una relación, trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, expresamente excluida por el Estatuto de los Trabajadores del ámbito de las relaciones laborales en su artículo 1.3.d).

Las zonas grises del ordenamiento laboral, colindantes con otras ramas del derecho, siempre alimentan la duda de si nos encontramos ante una relación laboral o por el contrario nos encontramos ante una relación civil o mercantil. La incertidumbre suele ser mayor cuando además entra en juego la presunción de laboralidad contenida en el artículo 8.1 ET. En esos casos, cuando hay unos indicios mínimos de laboralidad, es decir, cuando pueden reconocerse los rasgos esenciales de los cinco requisitos de laboralidad (personal, voluntario, retribuido, por cuenta ajena y dependiente), los órganos jurisdiccionales deben optar por declarar la existencia de un vínculo laboral entre las partes.

El caso que nos ocupa genera el problema de determinar si nos encontramos ante un caso de las zonas grises del derecho del trabajo al que debemos aplicar la presunción del artículo 8.1 ET descrita o si por el contrario no cabe aplicar dicha presunción. Las circunstancias particulares del caso pueden llevarnos al error de estimar que se pueden identificar todos los rasgos necesarios de una relación laboral.

El carácter personal, voluntario y por cuenta ajena de la prestación de servicios realizada por la actora no es discutido. Ahora bien, la dependencia y la retribución en una primera lectura podría parecer que sí es identificable y, por tanto, supondría su calificación como relación laboral. No obstante, los indicios de dependencia no son tales. No es posible hablar de dependencia cuando la prestataria de servicios no está sometida al poder de dirección del empleador, ni cuando ella elige libremente su horario y las tareas a realizar.

De igual forma, la posible retribución satisfecha a la actora queda desvirtuada por su escasa cuantía. Más que retribución salarial nos encontramos ante una indemnización por los gastos que le pueda ocasionar a la trabajadora su colaboración con el comedor del centro educativo. Ello no es contradictorio con calificar su colaboración como trabajo benévolo [art. 1.3.d) ET], pues nada impide que a pesar del carácter altruista de la colaboración de la actora perciba una compensación económica para no hacer más onerosa su contribución a la gestión del comedor educativo.

En conclusión, es correcta la calificación como trabajo benévolo que el Tribunal hace de la relación que unía a las partes implicadas en el litigio. Por tanto, corresponde acertadamente la desestimación de la demanda de despido presentada por la actora.

G) Trabajos de colaboración social

STS de 24 de noviembre de 2011, IL J 50/2012.

1. El Juzgado de lo Social núm. 3 de Arrecife dictó sentencia, el 26 de abril de 2010, por la que se estimaba la demanda del actor y se declaraba como despido improcedente el cese de que había sido objeto por la dependencia administrativa en la que prestaba servicios de colaboración social. Recurrída dicha sentencia ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, dictó esta sentencia el 27 de septiembre siguiente, desestimando la suplicación y confirmando en todos sus términos la sentencia recurrida. Contra esta sentencia, la dependencia administrativa empleadora recurrió ante el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, ofreciendo como sentencia de contraste la sentencia casacional de 11 de diciembre de 2008, recaída en el rcud. 69/08. El alto tribunal estima el recurso y revoca las sentencias —indirecta y directamente— recurridas, ratificando su doctrina consolidada.

Los hechos probados del Juzgado, inalterados en la suplicación, son fundamentalmente los tres siguientes :

- 1.º El actor prestó servicios para una dependencia administrativa con un contrato de colaboración social, durante seis meses, con jornada, horario, vacaciones y funciones similares a las desempeñadas por el resto del personal —laboral o funcionario— de aquella dependencia.
 - 2.º El actor era receptor de prestaciones por desempleo, compatibilizando con estas las percepciones económicas, de vencimiento mensual, abonadas por la dependencia administrativa en la que prestaba sus servicios, a título de complementos hasta el límite de las respectivas bases reguladoras mensuales.
 - 3.º La dependencia administrativa comunicó al actor la finalización de su adscripción de colaboración social por expiración de la última prórroga, al extinguirse el derecho a la percepción de las prestaciones de desempleo.
2. La fundamentación jurídica de la Sala casacional examina, en primer lugar, el art. 213.3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (LGSS), en relación con los arts. 38 y 39 del Real Decreto 1445/1982 y en relación, también, con el art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), desarrollado por el Real Decreto 2546/1994, trayendo asimismo

a examen sus anteriores sentencias de 24 de abril de 2000 (rcud. 2864/99), 30 de abril de 2001 (rcud. 2155/00), 11 de diciembre de 2008 (rcud. 69/08) y 9 de mayo de 2011 (rcud. 2928/10). A partir de esas fuentes normativas y jurisprudenciales, la argumentación que se contiene en los fundamentos jurídicos de la sentencia son estos:

«a) Dispone el artículo 213.3 LGSS que “los trabajos de colaboración social que la entidad gestora puede exigir a los perceptores de prestaciones por desempleo no implicarán la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en la que se presten dichos trabajos, manteniendo el trabajador el derecho a percibir la prestación o el subsidio por desempleo que corresponda”. El precepto, pues, en forma clara y tajante, excluye toda posibilidad de existencia de relación laboral entre la Administración Pública destinataria de los trabajos de colaboración social y el desempleado que preste dichos trabajos y la falta de tal carácter laboral, impide que el cese sea calificado de despido.

b) A su vez, concurren, en el caso examinado, los requisitos, que conforme a los arts. 38 y 39 RD 1445/82, condicionan la validez de un trabajo temporal de colaboración social, cuales son que los trabajos a realizar sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad; tengan carácter temporal y duración máxima —art. 38.1 RD 1445/82, reformado por RD de 28 de junio de 1986— hasta el periodo que le falte al trabajador por percibir la prestación o subsidio por desempleo reconocido; coincida con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado, y no supongan un cambio de residencia habitual del trabajador. De las citadas normas se desprende, pues, que la temporalidad exigida en estas modalidades de trabajo social no guardan relación con la temporalidad por obra o servicio determinado, a que se refiere el art. 15.1, a) ET y el art. 2 del RD 2546/94, sino que el trabajo del desempleado implica, desde el inicio, una obra o un servicio durante un tiempo limitado. Es decir, que aun cuando se trate de una función que pueda considerarse normal en la Administración, la adscripción debe tener un carácter *ex lege* temporal, de modo que la adscripción nunca puede tener una duración mayor a la que falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio por desempleo que se le hubiere reconocido.

c) Esta adscripción del beneficiario, de carácter temporal, a una Administración Pública para la realización de una obra social, no puede considerarse como expresivo de un abuso de derecho o fraude de ley [porque] como ha afirmado la jurisprudencia —STS de 15 de julio de 1988— “a) La colaboración no puede en caso alguno convertirse en indefinida, porque la prestación de desempleo tiene siempre naturaleza temporal; b) Los trabajos de colaboración social no generan una relación laboral ordinaria, teniendo como tienen que ser prestados a favor de una Administración Pública, por persona que está percibiendo el desempleo y que al ser retribuida se hace de una forma especial, al consistir la retribución en un complemento sobre la prestación que habitualmente se viene cobrando; c) La propia denominación de trabajo de colaboración temporal impide quedar vinculado indefinidamente por él; d) No se actúa en fraude de ley cuando la vinculación entre las partes se hace utilizando de una normativa que expresamente la autoriza y ampara; y e) La transformación en fijos de los trabajadores que prestan servicios de colaboración temporal, determinaría la apertura de un portillo fraudulento para el ingreso en la plantilla de la Administración, al eludir las pruebas reglamentarias y causar perjuicio a los potenciales aspirantes a ellas, siendo por tanto contrario a los artículos 14 y 103 de nuestra Constitución».

3. Claramente se percibe que la anulación de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 27 de septiembre de 2010 era absolutamente

inevitable, y solo podría haber resultado fallido el recurso casacional que contra ella se interpuso, por la comisión de alguna deficiencia formal insubsanable, lo que no fue el caso.

No extraña, por tanto, la solución final del contencioso, ni la reiteración de la doctrina jurisprudencial ya muy consolidada en las vísperas de la presentación de la demanda. Lo que llama poderosa, y negativamente, la atención del comentarista, es que órganos judiciales de la relevancia de los que resolvieron en la instancia y en la suplicación desconocieran dicha jurisprudencia y apadrinaran un resultado manifiestamente contrario a la legalidad, por muy tuitiva que pudiera considerarse su actuación, laboralizando una prestación de actividad en la que no concurría el presupuesto sustantivo de la remunerabilidad, sin contar además con la presencia del presupuesto adjetivo de la exclusión declarativa y expresa del ordenamiento laboral, por disposición de rango legal suficiente.

Ocurre que, a la altura de 2012, nadie puede defender con el menor fundamento que esa orientación proteccionista del ordenamiento laboral —contagiada al ordenamiento de seguridad social— pueda actuar *contra legem*, por muy importante que históricamente haya sido en la formación de aquellos ordenamientos. La función que queda hoy reservada a tal principio de favor sigue siendo relevante en cuanto que se traduce en principios específicos de reconocimiento legal (como la indisponibilidad de los derechos laborales y sociales, por ejemplo) o jurisprudencial (como la condición más beneficiosa, por ejemplo), los cuales tienen la operatividad que les presta la ley o la jurisprudencia, precisamente. Actuar bajo referencias genéricas, por nostalgia histórica, o fuera de los límites de esos principios específicos, supone una violación de la ley y, de paso, el anuncio de un probable fracaso judicial.

4. ZONAS GRISES

C) Autónomos

Procede comentar de forma conjunta las cuatro recientes sentencias del Tribunal Supremo que resuelven en idéntico sentido los respectivos recursos de casación en unificación de doctrina planteados por trabajadores autónomos, cuyas relaciones de prestación de servicios se constituyeron con carácter previo a la aprobación de la Ley 20/2007 y se extinguieron con posterioridad a su promulgación

SSTS de 6 de octubre de 2011 (Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm. 3992/2010), IL J 1496/2011; **de 24 de noviembre de 2011** (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 1007/2011), IL J 112/2012; **de 28 de noviembre de 2011** (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 4281/2010), IL J 56/2012, y **de 28 de noviembre de 2011** (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 857/2011), IL J 62/2012.

1. Los trabajadores autónomos de estos supuestos, con excepción de uno de ellos —agente comercial—, son trabajadores que han venido prestando sus servicios como transportistas para las empresas respectivamente demandadas. En todos los supuestos, se reconocen como hechos probados la existencia de una relación mercantil, previa a la promulgación

de la LETA, la emisión —relativamente periódica— de una serie de facturas por cuantías que demuestran la concurrencia de dependencia económica de sus respectivos clientes, y el dato fundamental a los efectos del art. 11 LETA de que ninguno de ellos tuviera a su vez trabajadores a su cargo.

En los cuatro supuestos se demanda ante los juzgados de lo social que reconozcan la competencia de la jurisdicción social para entrar a conocer el caso. Sin embargo, esta competencia no se reconoce en segunda instancia, cuando los TTSJ han de resolver los recursos de suplicación planteados por las empresas demandadas. Es en este punto donde el TS resuelve en unificación de doctrina, admitiendo como sentencias de contraste, por dos ocasiones, la del TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de octubre de 2008, en el recurso de suplicación 1019/2008 y, por otras dos, la del TSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2010 (rollo 842/2010).

2. Una vez más, la cuestión que se plantea en todos los casos consiste en determinar la competencia de la jurisdicción social en la resolución de las controversias derivadas de acuerdos contractuales celebrados con anterioridad a la aprobación de la Ley 20/2007, pero que reúnen los requisitos establecidos por ésta para ser calificados como TRADE. Se trata de examinar por tanto el régimen transitorio previsto en las DD.TT. 2.^a y 3.^a LETA en relación con el cumplimiento de las exigencias de los arts. 11 y 12 de la misma norma, a fin de contemplar la eventual competencia del orden social conforme a lo dispuesto en el art. 17 de la Ley.

La Sala de lo Social resuelve la cuestión consolidando la doctrina contenida en sus resoluciones de 11 y 12 de julio de 2011; de tal forma que concluye que los contratos pactados con carácter previo a la promulgación de la LETA conservan su naturaleza jurídica original hasta que se produzca su conversión en TRADE previo inexcusable cumplimiento de los requisitos legal y reglamentariamente contemplados. Se reiteran los argumentos en torno a la irretroactividad de las leyes y su íntima relación con el principio de seguridad jurídica contenido en el art. 9.3 CE; así como los referidos a la necesidad de comunicación de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente por el trabajador a su cliente como requisito formal *ad solemnitatem*.

3. No puedo más que mostrar mi preocupación ante esta línea jurisprudencial reiterada y por tanto consolidada del TS. La derogación del principio antinominalista en el caso de los TRADE lleva a un descenso del nivel de protección de un colectivo que, a mi juicio, ya se encuentra lo suficientemente desprotegido e inmerso en múltiples incertidumbres generadas por la legislación en la materia. No reiteraré mis argumentos ya sostenidos en los comentarios a las resoluciones del mes de julio ya citadas, pero sí quisiera añadir un dato que viene a confirmarlos. En los cuatro casos examinados, el conflicto de partida que se quiere hacer llegar a la jurisdicción social es la extinción del vínculo contractual y la reclamación de determinadas cantidades en concepto de indemnización por daños y perjuicios. En todos ellos, el conflicto se ve precedido de una comunicación al empresario del cumplimiento de los presupuestos contenidos en el art. 11 LETA. En casi todos los casos —con una sola excepción en la que es el trabajador el que solicita la rescisión contractual por incumplimiento del empresario— la empresa responde a la comunicación resolviendo el vínculo contractual civil o mercantil. La doctrina del TS que sostiene la aplicación del régimen jurídico aplicable con carácter previo a la aprobación de la Ley

20/2007 deja desprotegidos a estos trabajadores sin que la comunicación siquiera les abra la puerta a la protección de los TRADE, en la medida en que la comunicación ha de ir seguida de la firma de un contrato específico de TRADE que requiere el consentimiento de ambas partes.

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

III. EMPRESARIO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. GRUPO DE EMPRESAS.
 - A) **Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia.**
 - B) **Ámbito de afectación de la causa económica en despido objetivo.**
 - C) **Convenio Colectivo aplicable.**
3. CONTRATAS.
 - A) **Concepto de propia actividad.**
 - B) **Sucesión de contratas por aplicación de la doctrina de la sucesión en la plantilla.**
 - C) **Sucesión de contratas prevista en Convenio Colectivo.**
 - D) **Responsabilidad de la empresa principal en el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.**
4. CESIÓN ILEGAL.
 - A) **Diferencias con la contrata.**
5. SUCESIÓN DE EMPRESAS.
 - A) **Concepto de transmisión.**
 - B) **Obligación de reclamar por despido contra la empresa entrante.**

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 12 de 2011 a 2 de 2012 de la Revista *Información Laboral* (marginales IL J 1407/2011 a IL J 209/2012) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos

de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina aparecen indicadas con la abreviatura u.d.

2. GRUPO DE EMPRESAS

A) Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia

El concepto de grupo de empresas hace referencia a una pluralidad de empresas constituidas jurídicamente como sociedades independientes que actúan bajo directrices comunes, lo que permite presentarse y actuar en el tráfico jurídico con una imagen de cierta unidad, circunstancia que provoca una radical separación entre realidad material y formulación jurídica. La figura del grupo de empresa constituye un problema para la doctrina jurídica, particularmente a la hora de identificar al sujeto que debe hacer frente a las responsabilidades que se deriven de la actividad empresarial, aparte de otros elementos no menores del control de los poderes de gestión empresarial y transparencia en el ejercicio de los derechos laborales. Como regla general, el hecho de formar parte de un grupo de empresas no supone alteración alguna del régimen de responsabilidades de cada una de las empresas que lo integran. Es decir, la personalidad jurídica individual de cada empresa del grupo actúa como cordón de seguridad, evitando la transmisión al resto de las empresas de cualquier tipo de responsabilidad. Los vínculos accionariales entre estas empresas no constituyen elementos jurídicamente relevantes en orden a la alteración de la independencia o autonomía jurídica que el ordenamiento atribuye a cada sociedad. Esta regla de aplicación general convive con algunas excepciones, que en el ámbito laboral permiten transmitir las responsabilidades empresariales a todas las empresas que forman el grupo.

Aunque, como es conocido, el ordenamiento laboral español no dispone de un tratamiento general y sistemático de los grupos empresariales, la jurisprudencia laboral se ha ocupado tradicionalmente de este fenómeno con el objetivo de reprimir comportamientos abusivos. Partiendo de la regla general más arriba enunciada, las empresas que componen un grupo empresarial responden de manera independiente de las obligaciones laborales adquiridas con sus trabajadores, pero cuando la constitución del grupo de empresas alberga fines contrarios a derecho y los lazos accionariales y organizativos que vinculan a las sociedades del grupo se ven acompañados con otros elementos que indican el abuso de la utilización de la forma grupo de empresas en perjuicio de los trabajadores, la jurisprudencia laboral considera adecuado comunicar las responsabilidades laborales de las sociedades que componen el grupo, atravesando las barreras levantadas en torno a las respectivas personalidades jurídicas individuales de cada una de ellas. A juicio de la jurisprudencia consolidada, cuando pudiera acreditarse la presencia de alguna de las circunstancias relacionadas más abajo, la barrera de la personalidad jurídica debe caer en garantía de los derechos de los trabajadores:

- a) Unidad de plantillas, prestación de servicios indistintamente o sucesivamente para dos o más empresas del grupo.

- b) Unidad de caja, esto es, un elevado grado de comunicación entre sus patrimonios sociales.
- c) Utilización abusiva de la personalidad jurídica en perjuicio de los trabajadores, que se concreta en la presentación o apariencia del grupo hacia el exterior como una única empresa; o en el ejercicio de las facultades inherentes a la dirección unitaria en perjuicio de las sociedades o empresas controladas. Únicamente la acreditación de estas circunstancias permite a la jurisprudencia la extensión de responsabilidad a las empresas del grupo.

La mayor dificultad para los trabajadores que aspiran a que los tribunales reconozcan la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo estriba en la acreditación de los elementos anteriormente enumerados y, como seguidamente veremos, con la intensidad en cada caso requerida.

La STSJ de Canarias de 27 de octubre de 2011, IL J 1507, aborda esta cuestión ante la pretensión de un trabajador que reclama por despido frente a su empleadora, con la petición de que se extienda solidariamente la responsabilidad a otra empresa con quien la primera pudiera haber conformado un grupo de empresas. El Juzgado de lo Social inicialmente considera acreditado que ambas empresas habían superado los límites marcados por la jurisprudencia y, por ello, constituyen un grupo de empresas a efectos laborales; en otras palabras, un grupo de empresas en los que la responsabilidad empresarial frente a los trabajadores será de naturaleza solidaria, extendiéndose al conjunto de las empresas del grupo. La juez apoya su decisión en que el trabajador acredita prestación de trabajo sucesiva para varias empresas del grupo y en el hecho de que ambas empresas compartan administradores e imagen exterior. Por el contrario, en opinión del TSJ de Canarias, estos elementos determinarían la existencia de un grupo de empresas, pero no serían suficientemente relevantes para mostrar una intención fraudulenta que exigiese la extensión de la responsabilidad de la empleadora sobre la empresa codemandada. La inexistencia de una regulación legal específica en la materia, provoca un cierto grado de inseguridad jurídica a nuestro juicio. En ocasiones, como en el caso que nos ocupa, la argumentación de los tribunales hace uso de instituciones jurídicas como en fraude de ley o la cesión ilegal de trabajadores cuya invocación dificulta la aplicación de la doctrina jurisprudencial en la materia.

«Basa la juez su conclusión de que estamos en presencia de un grupo de empresas, no mercantil, sino laboral, con comunicación de responsabilidad entre los miembros del grupo en los siguientes datos:

el actor ha pasado de una empresa a otra; los administradores de las dos empresas son los mismos y el logotipo es igual.

En cuanto al primer argumento hay que destacar que el paso de una empresa de grupo a otra no aparece como una imposición, sino que se produce de común acuerdo, a lo que hay que añadir que no hay constancia de que tales cambios o pases de una empresa del grupo a otra sea una práctica habitual o se haya producido respecto de otros trabajadores. A ello hay que añadir que el grupo está compuesto por varias empresas más (que no aparecen demandadas) y la afirmación de que en el grupo existe confusión de plantilla porque un trabajador, de forma voluntaria, ha trabajado en más de una empresa no se sostiene, pues

la exigencia jurisprudencial va mucho más allá e implica la acreditación de una prestación indistinta y generalizada de prestaciones de servicios de la plantilla o de una parte relevante de la misma.

Igualmente carece de virtualidad a la hora de afirmar la existencia del grupo de empresas laboral el hecho de que tenga un logotipo igual o similar, pues ello es lógico ya que es la marca y la imagen del grupo.

Es obvio que todos los grupos mercantiles utilizan símbolos semejantes para ser identificados como pertenecientes al grupo y ello en principio no cambia la naturaleza de grupo mercantil del mismo.

E idénticas consideraciones cabe hacer respecto de que los administradores sean las mismas personas, pues ello no implica sin más la responsabilidad común de las empresas del grupo y su configuración como grupo en sentido laboral, ya que lo determinante es si la dirección y organización de cada empresa es autónoma, si las cuentas son distintas, si las plantillas también lo son, y en definitiva, si existe un funcionamiento individual, diferenciado y autónomo de cada empresa, sin perjuicio del control por parte de quienes son titulares o accionistas de las mismas.

En el caso de autos, como destaca el recurso, cada empresa del grupo tiene sus propias instalaciones, talleres y expositores de ventas; cada una tiene una marca de vehículos existiendo otras con actividades distintas a la automoción; cada sociedad tiene sus propias cuentas, y un funcionamiento en apariencia autónomo.

Sostiene, pues, la Sala, que de los hechos probados no resulta esa confusión de empresas que es lo que caracteriza al grupo laboral, decidiendo el juez esta circunstancia de hechos que no tienen entidad para dar cobertura a tal afirmación». **STSJ de Canarias de 27 de octubre de 2011**, IL J 1507/2011.

B) Ámbito de afectación de la causa económica en despido objetivo

La doctrina jurisprudencial más arriba comentada sirve igualmente de base para otros supuestos, en los que la reclamación del trabajador no tiene por objeto conseguir la extensión de la responsabilidad por despido a las empresas del grupo. En otras ocasiones, el litigio se sustancia en torno al contenido de las causas de despido objetivo cuando afectan a empresas que forman parte de un grupo. En concreto, se plantea si la acreditación de las circunstancias que permiten extinguir objetivamente una relación de trabajo debe circunscribirse a la empresa donde presta servicios o, por el contrario, la situación económica negativa debe afectar a todo el grupo de empresas y, por ello, el empresario debe facilitar información económica sobre todas las empresas que lo integran. Debe tenerse en cuenta que esta última posibilidad, aceptada por la unificación de doctrina STS de 23 de enero de 2007, u.d., IL J 90, únicamente es viable cuando estamos frente a un grupo de empresas ficticio donde desde el punto de vista laboral existe una única empresa, por ello en el supuesto que nos ocupa la sentencia comienza su análisis estudiando si se dan los elementos que determinan la existencia de dicha figura, para después aplicar las consecuencias jurídicas previstas.

«Llegamos aquí a la cuestión del grupo de empresas que formarían la recurrente ALACRÁN, S.L. y SWING ELECTROSHOW, S.L. En los hechos probados constan datos su-

ficientes para afirmar la existencia del grupo de empresas. Efectivamente, el Magistrado resalta en los hechos probados y en el cuarto de los fundamentos de derecho que las dos empresas tienen el mismo Administrador, comparten el domicilio social, el teléfono y el fax, al menos diecisiete trabajadores constan dados de alta en la Seguridad Social en diversos periodos en ambas empresas (en algunos casos incluso con posterioridad al despido del segundo trabajador que ahora nos ocupa) y, por último, ambas empresas desarrollan su actividad mercantil en un mismo ámbito y sector de actividad, complementándose entre sí, ya que una se dedica a iluminación y la otra a sonido (así lo afirma la recurrente en el escrito de interposición). Estos datos constituyen un soporte material suficiente para declarar, como lo hace el Magistrado de instancia, la existencia del grupo de empresas entre las dos mencionadas, si aplicamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el grupo de empresas a efectos laborales, contenida, entre otras, en la sentencia de 3 de noviembre de 2005 (rec. 3400/04), en la que se dice lo siguiente: “Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores, sistematizados en la sentencia de 3 de mayo de 1990 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995, la de 26 de enero de 1998 y la de 26 de diciembre de 2001, configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades. En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales”». **STSJ de Castilla y León de 14 de septiembre de 2011, IL J 1469/2011.**

Una vez que queda acreditada la existencia de un grupo en este sentido de existencia de una única empresa desde el punto de vista laboral, el respeto a la doctrina judicial implica necesariamente que el grupo en su conjunto, y no alguna de las empresas que lo componen, debe encontrarse en una situación económica desfavorable. En coherencia con lo anterior, sólo cuando se produzca esta circunstancia cabe acudir a la vía del despido objetivo como fórmula de gestión empresarial; en caso contrario, el despido debe considerarse improcedente, por más que la empresa en la que presta servicios el trabajador pueda acreditar pérdidas relevantes.

«La consecuencia jurídica que se deduce de la existencia del grupo de empresas es que la situación económica desfavorable ha de ir referida al grupo y no a la empresa individual, en este caso ALACRÁN, S.L. (así se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2007, rec. 641/05), siendo así que por sentencia del Juzgado de lo Social N.º 3 de Valladolid de 30 de mayo de 2007 (confirmada por esta Sala el 5 de octubre de ese mismo año) se declararon improcedentes los despidos de dos trabajadores de la empresa SWING ELECTROSHOW, S.L. sobre la base de que “la empresa no se encuentra en realidad ante una situación económica negativa que justifique la extinción del contrato con los dos trabajadores demandantes”, pues aunque su contabilidad recogía pérdidas globales, con posterioridad a las extinciones la empresa procedió a efectuar contrataciones temporales cuyas jornadas superaban en el periodo considerado las que hubieran efectuado los despidos (hecho probado quinto). (...)

En definitiva, que no consta la situación económica negativa del grupo configurado por las dos empresas que permita tener por justificadas las extinciones objetivas de los contratos de los dos trabajadores cuya parte de indemnización ahora reclama la empleadora ALA-CRÁN, S.L». STSJ de Castilla y León de 14 de septiembre de 2011, IL J 1469/2011.

C) Convenio Colectivo aplicable

Como se comentará en los apartados correspondientes, las dificultades de aplicación de las previsiones contenidas para los supuestos de transmisión de empresa aplicable al cambio de contrata (art. 44 ET) y, en particular, la problemática en torno a la obligación de la empresa contratista que asume el servicio de subrogarse en la posición de empresario respecto de los trabajadores empleados en la contrata por la saliente constituye una fuente de frecuentes conflictos. En ausencia de una solución satisfactoria para los intereses de los trabajadores, los convenios colectivos sectoriales de algunas actividades de servicios, como es el caso de la seguridad o de la limpieza, que en numerosas ocasiones son externalizadas por las empresas, establecen la obligación de subrogación en los contratos de los trabajadores afectados por el cambio de contrata, exigencia que dota de algún tipo de estabilidad los contratos de trabajo realizados mediante la modalidad de obra o servicio determinado. En estos casos, debe tenerse siempre en cuenta que la subrogación del empresario entrante se producirá únicamente en los supuestos y con las consecuencias previstas en la norma convencional y, lo que resulta de mayor importancia, siempre y cuando dicha empresa se encuentre bajo el ámbito de aplicación del convenio colectivo aplicable. Es por ello que algunas empresas utilizan la vía del convenio colectivo de empresa para sustraerse a dicha obligación, pues las empresas con convenio colectivo propio quedan al margen de lo dispuesto en el convenio colectivo sectorial.

Es ésta la situación que parece desprenderse de la lectura de la sentencia que comentamos, en la que un trabajador realiza las labores propias del servicio polifuncional en la Delegación Provincial del INE en Burgos, atendiendo la apertura y cierre de puertas, el control de accesos y las tareas de recepción y distribución de correspondencia, paquetería y otras, inicialmente por cuenta de una empresa de servicios, siendo con posterioridad objeto de subrogación su contrato de trabajo por una segunda empresa. Unos años más tarde, una empresa que forma parte del mismo grupo de empresa que aquella con la que inició su prestación de trabajo en dicha Delegación Provincial asume la contrata, pero rechaza subrogarse en el contrato del trabajador pues entiende que al tener convenio colectivo propio no se ve compelida a cumplir con las obligaciones establecidas en el norma colectiva sectorial. Y es que la doctrina de los grupos de empresas laborales no afecta al convenio colectivo aplicable. Si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial aceptó hace años el grupo de empresas como unidad de negociación, tesis que ha sido finalmente asumida por el legislador laboral con la modificación del contenido del art. 87 ET con la reforma introducida por RD 7/2011, esta posibilidad es una opción para los negociadores que, si así lo consideran más adecuado, pueden igualmente acordar distintos convenios para las empresas del grupo. En el caso que nos ocupa, parece que la empresa matriz se encuentra vinculada por el convenio colectivo sectorial, mientras que la empresa en la que trabaja el demandante posee convenio propio. En la medida en que la obligación de subrogación se establece únicamente en el convenio sectorial, la extinción del contrato de trabajo del actor

debe considerarse procedente. Quizás hubiera sido posible resolver la cuestión de forma diversa atendiendo a la posibilidad de sucesión en la plantilla, doctrina que permitiría la aplicación del art. 44 ET en su conjunto, por tratarse de una actividad intensiva en mano de obra en la que los elementos materiales no resultan relevantes.

«Así pues, coligiendo toda la doctrina anterior, debemos destacar: la nueva adjudicataria, aún perteneciendo al Grupo PROSEGUR, tiene una estructura independiente y, sobre todo, tiene un Convenio diferente al de aquella.

Asimismo, la actividad realizada por la trabajadora, no es encuadrable —conforme a lo acreditado— dentro del ámbito de aplicación del Art. 3 del Convenio de las empresas de seguridad privada. Siendo ello así, no se puede aplicar a la actora, como pretende, el Art. 14 de dicho Convenio, en cuanto a la subrogación pretendida». **STSJ de Castilla y León de 6 de septiembre de 2011**, IL J 1462/2011.

3. CONTRATAS

A) Concepto de propia actividad

La responsabilidad solidaria respecto de las deudas salariales contraídas por la empresa auxiliar, de conformidad con lo previsto legalmente para los supuestos de contratas, afecta al empresario principal únicamente cuando la actividad desarrollada por la primera forma parte de la actividad propia de la segunda (art. 42.2 ET). Es por ello que la determinación del alcance de dicho concepto resulta crucial y ha sido objeto de numerosas controversias. Pero la abundante jurisprudencia sobre la materia no permite eliminar la litigiosidad en torno a este concepto jurídico indeterminado que obliga a realizar una tarea de naturaleza casuística en la que los tribunales deben analizar todos los factores concurrentes. En esta ocasión, los pronunciamientos judiciales consideran propia actividad la de ayuda a domicilio para los ayuntamientos, siguiendo la tesis de la actividad inherente al ciclo productivo, y la de información directa al público en los aeropuertos, arguyendo la indispensabilidad de ésta respecto de la dirección y gestión de la actividad aeroportuaria que desarrolla AENA.

«La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si cabe encuadrar en el ámbito de responsabilidades que contempla el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores las que se derivan de deudas salariales con los trabajadores en el desarrollo del servicio de atención a personas mayores, cuya gestión o funcionamiento se adjudica mediante contrato de gestión indirecta por un Ayuntamiento a una empresa privada, o, lo que es lo mismo, si a tales efectos de responsabilidad solidaria ha de considerarse esa actividad como “propia” del Ayuntamiento que ha contratado la realización del referido servicio con una empresa privada (...)

Por ello, lo relevante para determinar si el servicio contratado es realmente “propia actividad” del Ayuntamiento no es la distribución competencial que lleva a cabo la norma, no tan rígida como la Corporación quiere hacer ver en su escrito de impugnación del recurso, pues nada impedía que el Ayuntamiento asumiera la función discutida. Lo determinante es que en una materia socialmente sensible, próxima a la ciudadanía y a sus municipios, encuadra-

da en lo que la Ley Vasca denomina “Servicios Sociales de responsabilidad pública”, más allá por tanto de la mera distribución formal de competencias, el Ayuntamiento ha ejercido esa actividad municipal para la que no solo es competente, sino que forma parte —como se ha visto en las normas citadas— del núcleo de las competencias características de la Administración Municipal.

En consecuencia, aunque las mismas no le fueran exigibles al Ayuntamiento desde la mera literalidad de la norma, los Servicios Sociales de atención a personas mayores en Centros de Día constituyen lo que el Estatuto de los Trabajadores denomina “propia actividad” del demandado desde el momento en que asumió esa particular función social, íntimamente vinculada con lo que constituye la esencia de la actuación de la administración local para con sus ciudadanos. Por ello, si la sentencia recurrida afirmó que únicamente cabe conceputar de “propia actividad” del Ayuntamiento aquellos servicios cuya prestación le resulte legalmente exigible al amparo de la Ley 12/2008 de Servicios Sociales en el País Vasco, y no otros, aunque tengan naturaleza vinculada a la esencia del Organismo, infringió el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la normativa específica citada, puesto que aplicando el referido precepto, debió confirmar la condena solidaria del Ayuntamiento demandado que se había establecido en la sentencia de instancia, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por aquél. Por ello, ahora deben estimarse los recursos de casación para la unificación de doctrina planteados, lo que exige casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación desestimando el formulado en su día por el Ayuntamiento de Santurce, confirmándose la sentencia del Juzgado de Instancia». **STS de 5 de diciembre de 2011**, u.d., IL J 136/2012.

«Cuestión distinta, es la planteada en los presentes autos relativa a determinar si la empresa principal AENA, responde de forma solidaria de los salarios devengados por el actor, adeudados la empresa subcontratista, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 42 del ET, lo que depende que la actividad laboral subcontratada, la de información directa al público en el aeropuerto de Palma de Mallorca, corresponda a la propia actividad de la empresa contratante, y en este sentido debe tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial expuesta, en la que se 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.

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 accesoria 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 tiene 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 las 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, lo que determina la desestimación del motivo». **STSJ de Baleares de 9 de noviembre de 2011**, IL J 195/2012.

B) Sucesión de contratistas por aplicación de la doctrina de la sucesión en la plantilla

El cambio de titularidad de una empresa no determina de forma automática la extinción de las relaciones de trabajo que se desarrollan en la misma, correspondiendo al nuevo empresario la obligación de subrogarse en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social. Conforme establece sobre esta materia el art. 44 ET, la garantía se extiende al cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo y al cambio de titularidad de una unidad productiva autónoma, esto es una entidad económica que mantenga su identidad, como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio. El cambio de empresa contratista al término de la concesión de una contrata, aunque no se trate en puridad de una transmisión de empresa, puede entenderse incluido en el ámbito de aplicación del art. 44 ET, siempre que se superen los requisitos exigidos legalmente tal como es interpretada la normativa por la doctrina judicial. En numerosas ocasiones el cambio de contrata no requiere la transmisión de elementos patrimoniales, suponiendo una mera sucesión en la actividad. Esta circunstancia suele determinar la inaplicación del precepto legal por nuestros tribunales. Es el caso de determinadas actividades habitualmente objeto de subcontratación, como la limpieza de edificios y locales en las que, salvo que junto que el empresario entrante se haga cargo de parte importante del personal que venía realizando dicha actividad, el empresario entrante no queda obligado a subrogarse por aplicación del art. 44 ET, sin perjuicio de lo que pueda establecerse en el convenio colectivo aplicable.

El Tribunal Supremo se ratifica en la posibilidad de aplicar la doctrina de la sucesión en la plantilla en un supuesto en que el empresario entrante se subroga en los contratos de 36 trabajadores de los 46 que empleaba la anterior contratista, aunque la empresa adjudicataria no celebre contrato alguno con la anterior contratista y se vea obligada a aportar maquinaria y ciertos elementos materiales. En opinión del Tribunal Supremo, el hecho de que el empresario entrante haya asumido la actividad y al hacerlo se haya subrogado, por su voluntad o en cumplimiento de lo dispuesto en el convenio, en los contratos de los trabajadores que venían realizando dicha actividad, determina la existencia de una transmisión de empresa y, con ello, la aplicación completa de la normativa legal sobre la materia prevista en la norma legal. No siendo determinante que el nuevo empresario, sea 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.

«2. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso obliga a desestimar el recurso por ser correcta la solución que da la sentencia recurrida con cita de nuestra jurisprudencia. Es así porque no es necesario para que exista sucesión empresarial a efectos legales que se produzca un contrato de cesión de la actividad o de medios materiales entre la antigua contratista y la nueva, sino que basta con que la suceda en la actividad, cual ha ocurrido en el presente caso, en el que la recurrente ha sucedido en la contrata a la anterior contratista y se le han encomendado las mismas labores. Esta circunstancia unida al hecho de que la recurrente ha empleado a 36 de los 46 trabajadores que ocupaba en la actividad la contratista anterior, siendo uno de los contratados el encargado general de control de personal y distribución de trabajos, revela el conjunto de trabajadores empleados constituye una unidad

económica que tiene su propia entidad porque la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Por ello, nos encontramos ante un supuesto de los llamados de “sucesión de plantillas”, sin que el hecho de que la recurrente haya aportado maquinaria propia y elementos materiales desvirtúe lo dicho, porque no se ha probado la importancia de estas aportaciones materiales, mientras que si consta el valor del factor humano, al haberse dado ocupación al 80 por 100 de la anterior plantilla, a la par que los trabajos de jardinería, mudanzas, peonaje, control de acceso y de circulación, así como los de facturación no requieren por lo general una gran inversión en muebles y máquinas, sino, principalmente, en capital humano. La recurrente debía haber probado que lo antes dicho no es cierto, acreditando el importe de sus inversiones en máquinas y demás bienes materiales, la mano de obra empleada y que la reducción de la plantilla se debía a sus inversiones y, como no lo ha realizado, procede concluir que sus inversiones no han sido relevantes para que la actividad continúe con normalidad». **STS de 7 de diciembre de 2011**, u.d., IL J 138/2012.

A similares conclusiones conduce el fallo contenido en la **STSJ de Asturias de 16 de septiembre de 2011**, IL J 1474/2011, en un supuesto de cambio de contratista en el servicio de limpieza de unas instalaciones del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Se da la circunstancia de que parte de los afectados mantenían relaciones laborales especiales por tratarse de trabajadores discapacitados, respondiendo la empresa saliente a la forma jurídica Centro Especial de Empleo, extremos ambos que a juicio del Tribunal no deben afectar negativamente a la aplicación de la normativa en la materia.

«Pues bien, el supuesto contemplado en la sentencia recurrida puede encuadrarse y ser resuelto con arreglo a las previsiones de la jurisprudencia citada, en la medida en que se ha producido una asunción del servicio de limpieza del Área VII del SESPA por parte de la empresa contratista, que no solamente continúa prestando la misma actividad contratada por la empresa saliente sino que también asumió una parte sustancial de la plantilla de ITMA S.A., pues aunque inicialmente solo se subrogó en las relaciones laborales de aquellos trabajadores con contratos de trabajo ordinarios o de régimen laboral común (ordinal cuarto), posteriormente concertó nuevos contratos con 16 de los otros 18 trabajadores que habían mantenido una relación laboral especial al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, que regula la relación laboral existente entre los trabajadores minusválidos y los Centros Especiales de Empleo, ahora al amparo de lo dispuesto en el Programa de fomento del empleo articulado por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, cuyo Art. 2 prevé determinadas bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social para aquellos empleadores que contraten a personas con discapacidad. (...)

No constituye un obstáculo a la anterior conclusión, como se argumenta en la resolución de instancia, el hecho de que la empresa saliente sea un Centro Especial de Empleo y que una parte importante de sus trabajadores (18 sobre 26) mantuviera una relación laboral especial, pues como advierte la STS de 21 de Octubre del 2010 (Rec. 806/2010) analizando análoga normativa en un caso de contratos de limpieza y sucesión de Centro Especial de Empleo, la doctrina constitucional en torno a la prohibición del Art. 14 de la CE es clara cuando señala que “comprende no sólo la discriminación directa o patente derivada del tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta o indirecta consistente en aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica

o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo (por todas, STC 13/2001, de 29 de enero, F. 8, ó 253/2004, de 22 de diciembre, F. 7)”.

Recuerda asimismo que el art. 6.2.º de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, especifica que “se entenderá que existe discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”, y concluye señalando que “en modo alguno los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 65 del citado Convenio Colectivo (se refiere al Convenio Colectivo de Limpiezas de Locales y Edificios Públicos para la provincia de Barcelona) tienen un impacto adverso dado que ningún trabajador de la recurrente es objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable, DISWORK, S.L. concurre a una adjudicación a sabiendas de que existen dos personas adscritas al servicio y ningún trabajador de la recurrente cuenta con un derecho previo, ni cabe negar a los reiterados preceptos una exigencia objetiva e indispensable ni la legitimidad de su objetivo, estabilidad en el empleo de los trabajadores en contrataciones y adjudicaciones, ni falta de idoneidad al instrumento empleado, el de la subrogación”.

Dicho de otro modo, el fundamento constitucional de la norma, el art. 14 de nuestra Constitución, conforme a su desarrollo por medio de la Ley 51/2003, y en especial conforme al apartado I de su Exposición de Motivos, ha de proyectarse, necesariamente no solo sobre la propia interpretación del contenido y desarrollo de la norma, en lo que constituye su núcleo sustantivo propio, sino también con respecto de aquellos contenidos de otras normas que resulten relevantes, como es el caso, dado que “la garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación, se regirá por lo establecido en esta ley que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación” (Art. 3 de la Ley), reiterando en este sentido lo ya establecido en el Art. 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores que prohíbe la discriminación en el empleo por razón de discapacidad, siempre que el trabajador se encuentre en condiciones para desempeñar el trabajo de que se trate, lo que al presente ni siquiera se cuestiona». **STSJ de Asturias de 16 de septiembre de 2011, IL J 1474/2011.**

En el mismo sentido, la STSJ de Galicia de 5 de octubre de 2011, IL J 90, considera que se ha producido una sucesión de la plantilla, en un supuesto de sustitución de contratistas del servicio de información telefónica del aeropuerto de La Coruña, en los que la nueva contratista asume a la mayoría de los trabajadores de la saliente. En este caso, la no contratación de algunos trabajadores se considera despido nulo, al existir indicios no desacreditados por el empresario de que dicha decisión pudo estar basada en la actitud reivindicativa de estas personas, lo que afectaría a sus garantías de indemnidad.

«Esta sala hace suya esta doctrina en la sentencia de 17-3-06, (Rec. 715/06) añadiendo que el Tribunal Europeo atribuye valor determinante en determinados supuestos a la circuns-

tancia de que los trabajadores del anterior empresario continúen prestando su actividad laboral para el nuevo, en determinados sectores de la actividad, como es el caso de autos, en que estamos ante una empresa de servicios donde no hay transmisión de elementos patrimoniales.

Ante ello, y si bien se acepta que ni convenio ni pliego de condiciones incluyen la obligatoriedad de subrogación, es un hecho probado no controvertido contenido en la sentencia que GCS Instalaciones continuó con el servicio contratado previamente a Eulen y contrató subrogando a la mayor parte de personal de ésta, salvo a las actoras, circunstancia que se ajusta a la situación anteriormente señalada, en la que la empresa sucesora, se hace cargo de la mayoría del personal de la anterior, para la continuidad de la explotación o del servicio, que implica la obligatoriedad de su mantenimiento en la empresa, máxime cuando la actividad contratada se basa fundamentalmente en mano de obra consistente en personal dedicado a prestar el servicio de información, que no precisa medios materiales a mayores de los facilitados por AENA». **STSJ de Galicia de 5 de octubre de 2011, IL J 90/2012.**

Por el contrario, no se reconoce la obligación de subrogación en un supuesto de prestación de servicios de atención al cliente para una empresa de líneas aéreas. El Tribunal toma en consideración que el servicio se prestaba desde los locales de la empresa contratista con sus propios equipos de telecomunicaciones, lo que restaría relevancia a los elementos humanos frente a los materiales en el proceso de transmisión de empresa e imposibilita la aplicación de la doctrina de la sucesión en la plantilla. Y ello a pesar de que, como establece la sentencia de instancia, la empresa principal ha proporcionado otros elementos materiales como la configuración inicial de los equipos de telecomunicaciones, el software del sistema de reservas, la documentación de instalación necesaria y las licencias de acceso al Motor de Reservas.

«Y al respecto, como decíamos, para que exista sucesión empresarial se precisa que lo que se transmita constituya una unidad económica, entendida como un conjunto organizado de medios susceptibles de llevar a cabo una actividad empresarial. La determinación de los elementos que componen ese conjunto organizado dependerá del tipo de actividad de la que se trate. Existirán actividades para las que se precise la transmisión de elementos materiales de gran valor e importancia, y otras en las que la transmisión del elemento humano constituya el dato fundamental.

La actividad de “Contact Center”, antes denominada telemarketing, consiste en la realización de actividades que tengan como objetivo contactar a los clientes con terceros por vía telefónica o cualquier otro medio informático o electrónico, a fin de, posteriormente, prestar los servicios propios de dicho cliente (art. 2 del convenio colectivo). En definitiva, se trata de captar o atender a los clientes del contratante principal a través de las tecnologías de la información. Esta actividad se lleva a cabo mediante el trabajo de los teleoperadores o gestores (art. 39 del convenio), que son los que se encargan de realizar el contacto y prestar así el servicio, por lo que en esta actividad son elementos esenciales la plantilla debidamente organizada, así como los equipos informáticos de hardware y software, y de telefonía, ubicados en determinado espacio físico.

En el presente caso ha quedado probado que la actividad de atención al cliente que venía prestando la recurrente para Vueling Airlines S.A., ha pasado a ser prestada por Bosch

Security Systems SAU a partir de 1-07-10, pero no se constata aquí una transmisión de todos los elementos patrimoniales necesarios para prestar el servicio, por cuanto Mindeparl AG SL., utilizaba sus propias instalaciones y equipos de telecomunicaciones, su propio hardware para organizar y mantener una correcta conexión con el centro de comunicaciones de Vueling, y sus propias licencias, proporcionándole Vueling como cliente la configuración inicial de los equipos de telecomunicaciones o routers, el software del sistema de reservas, y toda la documentación de instalación necesaria, así como las licencias de acceso necesarias, tal y como resulta del contrato de servicios suscrito. Y Bosch Security Systems AG SL, empresa entrante, ha pasado a realizar el servicio de atención al cliente para Vueling utilizando sus propias instalaciones y sus propios equipos de comunicación, y su hardware, proporcionándole Vueling las herramientas necesarias para el acceso y la gestión de reservas, ventas, cambios, vuelos, tramitación de peticiones y sugerencias de clientes, seguimiento de equipajes perdidos, la información de procesos de atención al cliente, etc.

Por tanto, es evidente que los únicos elementos comunes en la prestación del servicio por la empresa saliente y la entrante son las herramientas informáticas que proporciona el cliente, sin que se haya transmitido el resto de equipamientos, razones que llevan a considerar que en el caso enjuiciado no concurren los requisitos establecidos en el artículo 44 del ET, y, en consecuencia, la nueva empresa adjudicataria del servicio no tiene la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo de los demandantes, ya que en este tipo de actividad, la plantilla únicamente y por sí sola, no es un elemento esencial, sino que lo son, en su totalidad, los equipos informáticos de hardware y software o de telefonía. Además tampoco se habría acreditado ni el número de personas que prestaban el servicio ni la calidad de los mismos, a los efectos de valorar si el elemento personal era lo esencial en la transmisión, y todo ello sin perjuicio de que el artículo 18 del convenio colectivo de aplicación no establece una subrogación obligatoria, sino un mero compromiso de preferencia en la contratación, previa a una selección para la formación de la nueva plantilla». **STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2001, IL J 88/2012.**

C) Sucesión de contratos prevista en Convenio Colectivo

En los supuestos en que, como se ha dicho más arriba, no es posible la aplicación de la normativa legal sobre transmisión de empresa a la sucesión de contratos, la subrogación del empresario entrante puede también producirse por aplicación de lo dispuesto en el Convenio Colectivo; si bien en ese caso la continuidad de los contratos se hace depender del cumplimiento de los requisitos previstos en la norma convencional y se producirá en los términos y con los efectos previstos en ésta. En este sentido, cabe afirmar que la subrogación del nuevo contratista por aplicación del convenio colectivo de limpieza únicamente es posible cuando se cumplen los requisitos previstos en el convenio colectivo, y siempre que éste sea aplicable a esta empresa. Esta circunstancia ha permitido eludir las obligaciones subrogatorias en los supuestos en los que el empresario saliente se encontraba vinculado a convenios que no prevían expresamente dicha imposición. En los casos que nos ocupan en este apartado, la doctrina judicial en la materia parece alterarse de alguna manera. Aunque no aparece expresamente citado, sobrevuela el temor de que se utilice en perjuicio de los trabajadores discapacitados una normativa cuyo objetivo es promocionar la contratación de las personas que forman parte de dicho colectivo, lo que podría suponer un comporta-

miento lesivo de lo preceptuado en el art. 14 CE. En concreto, la STS de 4 de octubre de 2011, u.d., IL J 1434, considera obligada la subrogación de la entrante por aplicación del convenio colectivo de empresas de limpieza, y ello, a pesar de que se trate de un Centro Especial de Empleo y por tanto, no le resulte en principio aplicable lo dispuesto en dicha norma convencional. Queda de alguna manera abierta la posibilidad de que dicha tesis sea igualmente extendida a empresas afectadas por convenios colectivos sectoriales de diferente ámbito que no prevean la obligación de subrogación, aunque para confirmar esta tendencia es preciso esperar a posteriores pronunciamientos.

«1. En el caso ahora enjuiciado concurren similares presupuestos fácticos y jurídicos que lleva a aplicar la misma solución. En el art. 3 del Convenio colectivo provincial de limpieza de edificios y locales de la provincia de Pontevedra (2008-2010) (BOPP 29-04-2009), establece, al fijar su ámbito funcional, que regulará las condiciones de trabajo de todas las empresas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, que desenvuelvan la actividad de limpieza e higienización de toda clase de edificios, locales, oficinas, así como todos los elementos estructurales y mobiliarios que los componen y las dependencias de transporte terrestre, aéreo y marítimo, así como cualquier otra actividad que fundamentalmente consista en limpieza. Por su parte, en el art. 17 del referido Convenio, sobre la adscripción de personal, se preceptúa al término de una concesión de una contrata de limpieza, los trabajadores de la empresa contratista saliente (en las condiciones que luego detalla), pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata, quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones.

2. Se establece, por tanto, una específica regulación y obligaciones para las empresas que en la referida provincia, y sea cualquiera su forma jurídica, que desenvuelvan la actividad de limpieza e higienización, las que es dable entender que no pueden ser obviadas por otras empresas que, aunque en sus estatutos no figuren como su actividad los servicios de limpieza se dediquen a dicha concreta actividad, aunque aleguen que están encuadradas en otros Convenios colectivos que regulan una actividad completamente distinta a la de limpieza.

3. Así acontece en el presente supuesto, en relación con el invocado XII Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE 27-06-2006), en especial de sus arts. 1 a 4, 27, 31, 89 a 91, 100, 101 y 107. Su ámbito funcional se circunscribe a *«todas las empresas y centros de trabajo que tienen por objeto la atención, diagnóstico, rehabilitación, formación, educación, promoción e integración laboral de personas con discapacidad física, psíquica o sensorial así como las asociaciones e instituciones constituidas con esa finalidad»*. En dichos preceptos no aparece tampoco la posibilidad de que las empresas encuadradas en el mismo se dediquen a limpiezas externas, no figura la categoría profesional de limpiador y la actividad debe desarrollarse en centros asistenciales, en centros especiales de empleo o en centros educativos.

4. En definitiva, 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 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». **STS de 4 de octubre de 2011**, u.d., IL J 1434/2011.

En sentido similar, aunque enfatizando los aspectos relacionados con el carácter indirectamente discriminatorio de la decisión empresarial, la STSJ de Castilla y León de 2 de noviembre de 2011, IL J 189, plantea la obligación de los empresarios de ofrecer un trato similar a los trabajadores afectados por un proceso de cambio de contratas, independientemente del tipo de relación especial o ordinaria y de la naturaleza de las empresas afectadas.

«Pues bien, la cuestión está resuelta por la doctrina unificada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencia de 21 de octubre de 2010 (RCUD 806/2010), puesto que, aunque trate un supuesto inverso al que nos ocupa (trabajadores de una empresa ordinaria que pretenden la subrogación cuando la contrata pasa a un centro especial de empleo), establece un criterio de igualdad que también ha de proyectarse al supuesto inverso, esto es, trabajadores de un centro especial de empleo que pretenden la subrogación cuando la contrata pasa a una empresa ordinaria, como es aquí el caso. El Tribunal Supremo nos dice, en primer lugar, que si la actividad desarrollada por el centro especial de empleo a través de sus trabajadores discapacitados es de limpieza, dichas relaciones laborales se encuentran regidas por el convenio colectivo de limpieza, sin que la aplicación del mismo pueda excluirse por el hecho de tratarse de relación laboral especial de discapacitados en centros especiales de empleo.

Es más, incluso si el convenio colectivo de limpieza llegase a excluir a los discapacitados, ello sería, a juicio de esta Sala de Castilla y León, contrario al derecho constitucional de igualdad.

Por otro lado el Tribunal Supremo recuerda la doctrina constitucional resultante, por ejemplo de la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007 que razona que la virtualidad del artículo 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad, sino que contiene, además, una prohibición explícita de que se dispense un trato discriminatorio con fundamento en los concretos motivos o razones que dicho precepto prevé. La prohibición del artículo 14 de la Constitución comprende no sólo la discriminación directa o patente derivada del tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta o indirecta consistente en aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo. Recuerda el Tribunal Supremo también que en el artículo 6-2.º de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre se dice que se entenderá que existe discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios. Y por tanto si lo perseguido por el Convenio Colectivo de Limpieza en su artículo 65 es la estabilidad de los trabajadores, un fin cuya legitimidad resulta indiscutible, no se puede introducir una distinción basada en su condición física o psíquica. A idéntica conclusión cabe llegar tras la lectura de los artículos 37, 37 bis y 38.2 de la Ley 13/1982, de 7 de Abril y con total claridad, del artículo 1 del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre:

“Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, los Centros Especiales de Empleo son aquellos cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos, a la vez que sea un medio de integración del mayor número de minusválidos al régimen de trabajo normal”». STSJ de Castilla y León de 2 de noviembre de 2011, IL J 189/2012.

D) Responsabilidad de la empresa principal en el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad

La Ley General de Seguridad Social contempla la imposición de un recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, según la gravedad de la falta, cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de prevención de riesgos laborales (art. 123 LGSS). La responsabilidad del pago del recargo corresponde de manera directa al empresario infractor de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Como es conocido, en supuestos de contratas y subcontratas de la propia actividad cuando el accidente se produce en el centro de trabajo del empresario principal, las obligaciones en materia de prevención de riesgos afectan a ambos empresarios, de manera común o individualizada, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 LPRL. Es por ello que, cuando se produce un accidente de trabajo que afecta al trabajador de una contrata, se discute si lo que corresponde es la condena solidaria a ambos empresarios, principal y contratista, o bien la condena individualizada de cada uno de ellos, en función de su participación en los incumplimientos normativos que finalmente produzcan el accidente de trabajo. En este sentido, traemos a colación la STSJ de Galicia de 13 de octubre de 2011, IL J 95, que declara responsable del recargo de las prestaciones por faltas de medidas de seguridad solidariamente a ambos empresarios, por considerar que el incumplimiento de las obligaciones preventivas y de vigilancia afectan a ambos, uno por ordenar y otro por permitir que un trabajador contratado para realizar labores de soldadura, y por tanto sin la formación adecuada, realizase tareas de limpieza y reparación de una maquinaria. El hecho de que el trabajador sufriese determinadas discapacidades físicas e intelectuales puede servir como elemento acreditativo de una exagerada falta de observancia de los deberes de vigilancia y protección por parte de los empresarios, aunque cabe plantearse si en otras condiciones el fallo hubiera sido contrario. En palabras del Tribunal:

«6. Y en el presente caso, partiendo de los hechos probados, cabe apreciar una falta de cumplimiento por parte de ambas empresas codemandadas a las normas que forman parte esencial del contenido del contrato de trabajo, cuya observancia viene establecida por los citados arts. 40.2 de la CE, 4.2 d) y 19.1 del ET, 14 y 17 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, así como una actuación negligente o culposa generadora de la obligación de indemnizar (arts. 1101 y 1902 C.c.), pues el accidente se produjo a consecuencia de encargar a un trabajador, contratado como soldador —oficial de tercera, y sin la adecuada formación y experiencia—, la realización labores de limpieza y reparación de una cinta transportadora sobre la cual caían las cortezas previamente retiradas, consistiendo esas labores en proceder a nivelarla en marcha —porque se desencajaba— con un martillo

que introdujo bajo la banda de goma, lo que motivó, dada su falta de conocimientos y preparación para realizar estas labores, que resultase atrapado por su indumentaria de trabajo sufriendo importantes lesiones en su brazo derecho. Además, el trabajador padecía desde su nacimiento una hemiparesia izquierda que limitaba la movilidad del brazo y pierna izquierda, estando calificado como “border line” en cuanto a su capacidad intelectual, todo lo cual pone de manifiesto una nítida culpabilidad e infracción del deber de protección por parte de las empresas demandadas, al encargar una labor de evidente riesgo a un trabajador no preparado para ello y con claras limitaciones tanto de índole físico como intelectual, a quien no se suministró ni la formación necesaria ni la ropa adecuada para evitar un posible atrapamiento por su indumentaria de trabajo al encontrarse la máquina en movimiento. Incluso, la Inspección de Trabajo señala en su informe que la causa más probable del accidente fue la falta de parada de la máquina y su manipulación en marcha, lo que comporta también una transgresión de las normas de seguridad facilitadas por la contratista a la empresa Maplain S.L. para la que el trabajador prestaba servicios.

Esa actuación negligente o culposa, con infracción del deber de protección del trabajador, debe imputarse a ambas empresas codemandadas que han de responder solidariamente del daño causado, pues de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial, en los casos de contratos de la misma actividad y en el centro de trabajo del empresario principal, se produce una responsabilidad solidaria derivada de ser todos ellos deudores de seguridad, por existir una obligación de vigilancia para el empresario principal que es extensible al contratista en relación con el subcontratista (STS Sala 1.ª de 22/7/94, Ar. 5525 y 26/5/89, Ar. 3888; STSJ de Galicia de 27 de julio de 1999 Recurso de suplicación n.º 3240/96), máxime en un supuesto como el presente en que la descrita actuación negligente o culposa alcanza, como ya se dijo, a las dos empresas intervinientes, al constar probado que el trabajador accidentado, pese a haber sido contratado para trabajos de fabricación de estructuras metálicas en la obra sita en Cella, Teruel, propiedad de Intamasa (hoy Utisa Tableros del Mediterráneo S.L.), recibió la orden de proceder a nivelar en marcha una máquina denominada “cinta de caída del tromer”, que era una cinta transportadora que frecuentemente se desencajaba y sobre la cual caían las cortezas previamente retiradas para ser transportadas, perteneciendo esta máquina a la actividad de la empresa principal Utisa Tableros del Mediterráneo, dedicada a la fabricación de aglomerado de madera, lo que acredita que el trabajo se desarrollaba bajo el control y la inspección de ambas que, además, percibían los frutos y consecuencias de ese trabajo. El hecho de que la producción del accidente haya tenido lugar dentro de la esfera de la responsabilidad de la contratista y subcontratista, en materia de seguridad e higiene, es lo que determina, en caso de incumplimiento, la extensión a ambas empresas y a sus aseguradoras Allianz S.A. y Banco Vitalicio de España S.A. —dentro de los límites de cobertura de las respectivas pólizas—, 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 del incumplimiento culposo de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control (en este sentido las SSTS de 26 mayo 2005, RJ 2005\9702), citando la de 5 mayo 1999, RJ 1999\4705) y la de 18 de abril de 1992, RJ 4849). El recurso, por tanto, de la codemandada Utisa Tableros del Mediterráneo S.L. ha de ser desestimado». **STSJ de Galicia de 13 de octubre de 2011, IL J 95/2012.**

4. CESIÓN ILEGAL

A) Diferencias con la contrata

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores por una empresa con el objetivo de cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad únicamente abierta para empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Cuando el lugar de la empresa que somete a sus trabajadores a tráfico prohibido es ocupado por una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la delimitación del supuesto legal se hace más compleja, resultando decisivo a efectos de delimitación determinar si la empresa auxiliar pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata. A partir de esta doctrina, la STSJ de Canarias de 27 de octubre de 2011, IL J 1506, considera que se ha producido una cesión ilegal, bajo la apariencia de una contrata, en un supuesto de sucesivas contrataciones con distintas empresas para prestar servicios como trabajadora social para la Consejería de Cultura, Educación y Deportes. El Tribunal entiende que las empresas adjudicatarias no pusieron en práctica su organización, realizando un mero papel interpositorio prohibido por la norma laboral, no siendo relevante el hecho de que se trate de empresas no ficticias con actividades reales.

«La actora, Dña Almudena, forma parte del colectivo de trabajadores que venían prestando servicios en Centros Educativos de Atención Preferente al amparo de la Orden de 27 abril 2001 (BOC 11 mayo 2011), y que con su derogación por Orden de 7 junio 2010 han visto resuelta su relación.

En este concreto caso la trabajadora social ha prestado sus servicios en el IES Ramón Menéndez Pidal desde el 15 mayo 2007 en los sucesivos cursos escolares, primero con un contrato administrativo menor de servicios (15 mayo 2007 a 15 julio 2007), y le siguieron varios contratos laborales con empresas “adjudicatarias del servicio”. El 1 octubre 2010 la Dirección del Centro le comunica que no volvería a ser contratada. (...)

Esta Sala se ha pronunciado acerca de la relación de los trabajadores sociales contratados para la prestación de servicios profesionales en el ámbito de la Orden de 27 abril 2001 (BOC 11 mayo 2001), por la que se establece el marco para determinar Centros Educativos de Atención Preferente y se regula la compensación educativa frente a desigualdades derivadas de factores socio económicos y culturales, entre otras en sentencias de 29 octubre 2008 (rec. 910/2007) y 22 diciembre 2008 (rec. 846/2007). Frente a la postura de la Administración que sostenía que las tareas desempeñadas por aquellos profesionales no eran habituales y ordinarias del personal que presta servicios en los Centros docentes de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, ni eran funciones propias de la Consejería, sino integradas en un proyecto concreto, ni eran permanentes pues no siempre se tienen que dar en los centros acogidos al Programa de Atención Preferente, variando en función de las necesidades del Centro y del proyecto y plan de trabajo aprobado para cada curso, la Sala entendió que ni era acorde con la realidad de los hechos ni con el espíritu que anima la Orden de 27 abril 2001 —lograr la transformación integral de los centros educativos compensando las evidentes desigualdades que afectan al ejercicio del derecho a la educación de importantes núcleos de población— ni con el conocimiento que en ella se hace a la incorporación a la “red ordinaria de nuestro Sistema Educativo” de las acciones para compensar desigualdades.

La Sala comparte y hace suyos los acertados razonamientos de la Juzgadora sobre el recurso a la contratación administrativa en el caso que nos ocupa, que, con cita de la sentencia de esta Sala de 16 febrero 2007 (rec. 1301/2006) y de las SSTS 20 junio 2007 (Rj. 2007/6829) y 17 octubre 2006/7747, entre otras, resalta, que entre una relación administrativa y otra de carácter laboral no existen diferencias sustanciales, la prestación puede ser de análoga naturaleza, la Administración puede indistintamente escoger entre un tipo de contratación u otro pero siempre en esa elección habrá de atenerse a las normas que amparen los dos tipos de contratos, no pudiendo la Administración simular un contrato administrativo específico cuando la prestación de servicios del contratado sea ordinaria y habitual, sujeta a horario, dependiente de sus superiores, sin autonomía, simplemente para eludir la normativa laboral, como ocurrió en el supuesto contemplado en el que la trabajadora fue contratado bajo la formalidad administrativa cuando lo que de ella se pedía no era un resultado sino el desarrollo de una actividad laboral, determinando la naturaleza laboral de la relación». **STSJ de Canarias de 27 de octubre de 2011**, IL J 1506/2011.

5. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión

El objetivo central que persigue la normativa laboral que regula las transmisiones empresariales es garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por un cambio de titularidad en la actividad productiva. Se produce la transmisión cuando afecta a una entidad económica que mantiene su identidad, «entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria» (art. 44.2 ET). La interpretación de dicho precepto continúa siendo polémica, a pesar de las modificaciones normativas en la materia y los esfuerzos clarificadores realizados por los Tribunales.

El TSJ de Galicia aborda un supuesto relativo a las reestructuraciones del sector naval en dicha Comunidad Autónoma, en el que se produce la liquidación de una Sociedad y la posterior creación de una nueva sociedad, con parte de los activos de la precedente. La sentencia entiende que se ha producido transmisión de empresa, señalando probado el traspaso de elementos patrimoniales y personales relevantes hábiles para desarrollar una actividad económica, tal como exige el art. 44 ET.

«Finalmente, y con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la parte la infracción, por aplicación indebida, del artículo 44.1, 2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores, argumentando, en síntesis, que en un concreto momento se segregaba una rama de actividad de Izar Construcciones Navales S.A., que pasa a otra empresa, entonces denominada New Izar, hoy Navantia S.A., no encontrándose entre el personal que pasa a esta última el causante, que, en consecuencia, nunca prestó servicios para la misma, faltando los requisitos de transmisión de empresa y de cambio de empresario para que se produzca la sucesión empresarial y la correspondiente responsabilidad empresarial. (...)

4. Lo cierto es que las empresas codemandadas no prueban los extremos que afirman y se limitan a calificarlos de hechos públicos y notorios; y de la única prueba practicada, que consiste en las escrituras notariales relativas a los cambios societarios habidos se constata

que la empresa NEW IZAR SLU que luego pasó a ser NAVANTIA SA —dato no discutido por las recurrentes— tuvo por única socia a IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES SA quien como tal, aporta la rama de actividad militar y dentro de ella, la Factoría o Centro de Ferrol. Que dicha aportación lo es, además, en los términos aludidos por el Magistrado de Instancia, esto es, instalaciones, existencias, instrumentos de trabajo, mobiliario y demás elementos directa o indirectamente afectos a la explotación de la actividad transmitida y el cual constituye un conjunto económico capaz de funcionar por sus propios medios. Que por lo tanto la actual NAVANTIA SA ha sucedido en dicha actividad económica en el sentido definido por la Directiva 2003/23 y del artículo 44 ET (que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio) a IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES SA y en dicha actividad económica o rama de actividad estaba integrado el actor. El hecho de que parte de los trabajadores del centro de trabajo de Ferrol, que se transmitió, no pasaran a la empresa NEW IZAR SLU —que luego pasó a ser NAVANTIA SA— no puede impedir la consideración de sucesión empresarial toda vez que, de entrada, no consta cuántos trabajadores en esas circunstancias (de 52 años o mayores) permanecieron en IZAR CN SA EN LIQUIDACIÓN, pero lo que queda claro es que, *a sensu contrario*, el resto sí pasó a formar parte de la nueva empresa y ese traspaso de personal, que —evidentemente— ha debido ser relevante, junto con el traspaso de medios materiales, conduce a la existencia de una real y objetiva sucesión empresarial siendo en la actualidad NAVANTIA SA quien explota la factoría de Ferrol; de modo que, cabe concluir, que sí podemos hablar de una sucesión empresarial entre las empresas codemandadas». **STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2011**, IL J 93/2012.

En el mismo sentido, la **STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2011**, IL J 86/2012, entiende aplicable el art. 44 ET en un supuesto de venta de buques entre empresas, incluso cuando, como sucede en el supuesto que nos ocupa, la empresa compradora no tiene la intención de continuar con la explotación de la actividad de transporte marítimo.

«En contra de lo que dice “Confidence” en su recurso, no podemos aceptar que la compra de los buques que una naviera efectúa a otra no suponga la transmisión de una unidad productiva autónoma susceptible de explotación empresarial en los términos previstos en el art. 44.2 ET.

No ofrece duda al respecto la doctrina que contiene la sentencia del Tribunal Supremo de 12 julio 1990 (RJ 1990\6105), cuando manifiesta:

“El buque en el que el demandante ha prestado sus servicios como capitán y al que ha estado adscrito hasta que el contrato se terminó a su petición, fue objeto de sucesivos cambios de titularidad, el último en favor de la empresa recurrente, que lo adquirió en subasta pública tramitada ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Cartagena.

Estos cambios de titularidad, al afectar a la unidad productiva autónoma que constituye el buque, implican la subrogación del adquirente en las obligaciones laborales del anterior empresario, sin que esta subrogación que el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores impone, pueda quedar sin efecto por la circunstancia de que no ostente el adquirente la condición de empresario o naviero, ni por ser su voluntad de no continuar la explotación, dado que aquella condición y esta obligación derivan del hecho de la adquisición de esa unidad productiva autónoma”». **STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2011**, IL J 86/2012.

B) Obligación de reclamar por despido contra la empresa entrante

En el mismo supuesto más arriba comentado, la sentencia no se cierra con la extensión de la responsabilidad a la sociedad que adquiere los buques por las obligaciones contraídas por el empresario cedente. Y esto, porque tal como establecen los hechos probados, los actores permanecieron en la empresa cedente tras la transmisión, no habiendo reclamado en dicho momento por despido contra la empresa cesionaria. En concreto, la demanda se formula inicialmente por extinción contractual amparada en el art. 50.1 ET, contra el empresario cedente por impago de salarios y falta de ocupación efectiva. Con posterioridad, la empresa cedente les notificó su despido objetivo, que fue igualmente impugnado por los trabajadores, mediante demanda dirigida esta vez no sólo contra aquélla sino también contra la cedente. A juicio del Tribunal, la demanda por despido debió ejercitarse en el momento de la transmisión, no habiéndose formalizado en dicho momento, no resultan aplicables las consecuencias previstas en el art. 44.3 ET, por más que se haya producido el supuesto previsto en el apartado primero de dicho precepto.

«Ahora bien, el hecho de que “Transatlántica” vendiera dos buques a “Confidence” no supone necesariamente que ésta deba hacerse responsable de las obligaciones derivadas de la extinción contractual por incumplimiento empresarial que los trabajadores imputan a “Transatlántica” y el despido acordado por esa misma empresa, pues para ello se deben considerar otros aspectos, cuales son el momento en que han reclamado la aplicación del art. 44.1 ET. (...)

La crítica que se dirige a la sentencia de instancia, en cuanto a la falta de coherencia que se ha indicado respecto a la condena solidaria de “Transtlántica” y “Confidence”, por incumplimientos por parte de la primera determinantes de extinción contractual y posterior despido, parece difícilmente rebatible. Ciertamente, si los actores comienzan el proceso mediante demanda de extinción contractual basada en los incumplimientos de “Transtlántica” como empleadora, no parece fácilmente aceptable que pueda decirse en sentencia que esa empresa no era la empleadora de los actores, al haber sido sucedida por otra, “Confidence”, en 30/9/09, pese a lo cual recae sentencia de fecha 30/6/10 extinguiendo la relación laboral por los incumplimientos de “Transtlántica”, pero con condena solidaria de las dos empresas citadas.

Una condena de estas características no es posible, tal como dice con claridad la sentencia del Tribunal Supremo de 21 diciembre 2007 (RCUD 2891/2006), con esta doctrina. (...)

Por lo tanto, la conclusión razonable es entender que, si los actores no accionaron en tiempo y forma por despido contra los adquirentes de los buques, fue porque decidieron mantener su vinculación con “Transtlántica”, tras haber sido informados por el representante de personal. Partiendo de este presupuesto tiene lógica que planteasen contra “Transtlántica” demandas de extinción contractual y de despido, que de otra forma no se comprenden, pues mal puede admitirse que se pida la extinción de unos contratos frente a una empresa que no se considera la empleadora, sobre la base de que ha sido sucedida por otras.

En definitiva, comoquiera que los actores conocieron la transmisión de sus buques y no reclamaron su por la adquirente, negociando, a través de su delegado de personal, su cambio de centro de trabajo en “Transtlántica”, hemos de entender que hubo un acuerdo entre ambas partes sobre este punto, conclusión que se ratifica porque, si “Transtlántica” hubiese perdido la condición de empleadora de los trabajadores por haberla adquirido “Confiden-

ce”, no hubiera procedido al despido de aquéllos, ni éste podría declararse improcedente, puesto que la empresa autora de tal decisión no podría considerarse empleadora, y, por lo demás, es indudable que el único despido que puede enjuiciar la Sala es el acordado en la comunicación de “Tranatlántica” de 25/2/10, no el hipotético despido tácito a cargo de “Confidence” y, después, por subrogación, de “Gema” y “Rocío”, porque tal despido tácito no es el objeto de la demanda de los actores». **STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2011, IL J 86/2012.**

JESÚS CRUZ VILLALÓN
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO
MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO
PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

IV. CONTRATACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CONTRATACIÓN TEMPORAL.
 - A) **Supuestos.**
 - a) Contrato para obra o servicio determinado.
 - b) Contrato eventual.
 - c) El contrato de interinidad.
 - B) **Reglas generales.**
 - a) Tratamiento de la extinción contractual.
 - b) Conversión en indefinido.
3. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL.
 - A) **Contrato a tiempo parcial.**
 - B) **Contratos fijos discontinuos.**
 - C) **Contrato de relevo.**
4. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Destaca en el período analizado especialmente la **STS de 7 de julio de 2011, IL J 139/2012**, que aborda la cuestión relativa a la utilización del contrato eventual en supuestos de déficit de plantilla; en segundo lugar, un grupo de sentencias en unificación de doctrina sobre los contratos de relevo y la jubilación parcial y, finalmente, en punto a la contratación temporal de interinidad hay dos pronunciamientos de interés. Para la interinidad por vacante, debe subrayarse la **STS de 3 de noviembre de 2011, IL J 35/2012**, en la que se admite la válida terminación de estos contratos por cobertura de la plaza por trabajador fijo por motivos de salud; y la **STS de 22 de diciembre de 2011, IL J 152/2012**, que es contraria a flexibilizar los criterios para enjuiciar la finalización de los contratos de interinidad por sustitución en las Administraciones públicas.

2. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) *Contrato para obra o servicio determinado*

El contrato por obra es objeto de análisis en la **STSJ de Galicia de 7 de noviembre de 2011, IL J 190/2012**, que viene a concluir que es adecuada la utilización del contrato para la prestación de servicios de atención a la campaña de prevención de incendios cuando éste se suscribe con la empresa contratista con la que la Administración ha pactado la contrata. No obstante, puntualiza la sentencia en todo caso que la solución no sería la misma si hubiese sido la propia Administración la contratante directa del trabajador:

«[...] se ha instrumentalizado la actividad a través de contratas (encomiendas de gestión), que permiten atribuir —se anunciaba antes— una naturaleza temporal a los contratos celebrados por la contratista con sus empleados que van a cubrir los servicios u obras correspondientes a ellas. Porque no puede olvidarse que —en sí— dichas actividades deben considerarse permanentes y si se hubieran prestado directamente por la contratante (Xunta) la calificación de los contratos sería diferente, habida cuenta de la línea jurisprudencial que prevé que “la naturaleza de las funciones a desempeñar por los peones a los que se contrata para la detección, localización y comunicación de columnas de humo o incendios forestales en época estival no puede calificarse como algo que razonablemente pueda proveerse de manera puntual. La ubicación geográfica y condiciones climáticas hacen que el riesgo de incendio se incorpore lamentablemente al núcleo de supuestos que da origen a actividades necesarias y permanentes, pues no de otra forma se concibe la detección y reconocimiento de posibles focos, de manera estable, sin perjuicio de que dependiendo en cada ejercicio de la magnitud del evento dañoso o de las peculiaridades que presenta cada estación como la que deriva de una más acentuada sequía, se acuda a otras formas temporales de contratación para refuerzo de quienes de manera permanente asumen las tareas de control”».

b) *Contrato eventual*

La posibilidad de acudir a esta modalidad contractual en supuestos de déficit de plantilla de la Administración es abordada en la **STS de 7 de diciembre de 2011, IL J 139/2012**:

«La situación que se acaba de exponer constituye, sin duda alguna, un supuesto de “acumulación de tareas”, de los que se prevén en los preceptos antes citados. Lo que caracteriza a la “acumulación de tareas” es, precisamente, la desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal que se dispone, de forma tal que el volumen de aquél excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de éste; y ello se produce tanto cuando se trata de aumento ocasional de las labores y tareas que se tienen que efectuar aún estando al completo la plantilla correspondiente, como cuando, por contra, se mantiene dentro de los límites de la normalidad el referido trabajo pero, por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo. En estos casos en que el indicado desequilibrio o desproporción se debe a la existencia de vacantes o puestos fijos sin cubrir, y la entidad empleadora no puede llevar a cabo la normal cobertura de las mismas con la rapidez adecuada por impedírsele la existencia de normas legales o reglamentarias que exigen que tal cobertura se lleve a efecto mediante el cumplimiento de una

serie de trámites y requisitos, es totalmente lógico entender que nos encontramos ante unos supuestos de acumulación de tareas. Y esta especial situación se puede dar sobre todo en el ámbito de las Administraciones públicas, en las que los nombramientos de las personas que han de ocupar los puestos disponibles tienen que efectuarse siguiendo el procedimiento legal prescrito y con exacto cumplimiento de las disposiciones y exigencias ordenadas por la ley, por lo que siempre transcurre un determinado lapso temporal, que en ocasiones puede ser muy dilatado, entre el momento en que se producen las vacantes y aquél en que éstas quedan reglamentariamente cubiertas. Así pues, el organismo público que en un momento determinado tiene un número elevado de puestos sin titular, se encuentra en una situación de déficit de personal, en la que el trabajo sobrepasa la capacidad de los empleados disponibles, situación que puede prolongarse bastante tiempo; aparece, por tanto, nítidamente el supuesto propio de la acumulación de tareas. De ahí que sea lícito el que la Administración acuda a los contratos de trabajo eventuales para remediar, en la medida de lo posible, esa situación».

c) *El contrato de interinidad*

En relación con los contratos temporales de interinidad por sustitución cabe destacar en primer lugar, la **STS de 22 de diciembre de 2011, IL J 152/2012**, que declara la ilegalidad del cese de un contrato de interinidad producido en una Administración pública cuando dicha terminación se había producido tres meses después de la reincorporación de la trabajadora sustituida. El Alto Tribunal rechaza que fueran circunstancias justificativas la complejidad organizativa de la Administración, reorganización administrativa e incorporación del titular a un puesto distinto.

En segundo lugar, la **STJUE de 26 de enero de 2012, IL J 22/2012**, declara no contrario al derecho comunitario el recurso a la contratación temporal sucesiva para cubrir la sustitución de trabajadores en situación de permiso parental. La contratación de un trabajador para cubrir la sustitución de otro se considera una «razón objetiva» que justifica la sucesión de contratos temporales por la ley alemana sobre trabajo a tiempo parcial.

En punto a la contratación temporal de interinidad por vacante, destaca en esta crónica la **STS de 3 de noviembre de 2011, IL J 35/2012**, en la que se admite la válida terminación de estos contratos por cobertura de la plaza por trabajador fijo por motivos de salud. El Alto Tribunal determina que no cabe exigir que la única vía de cobertura de la vacante, para admitir la extinción del contrato de interinidad, sea la superación de las pruebas específicas de cobertura inicial de la misma.

Por su parte, la **STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2011, IL J 194/2012**, declara la ilegalidad de la finalización de contratos de interinidad fundamentados en un acuerdo colectivo de la Mesa Técnica del Personal laboral de Centros Docentes que permitía la finalización de docentes interinos, con motivo de la resolución de la primera convocatoria de ingreso en el Cuerpo que corresponda a su plaza, no exigiéndose que en esa convocatoria se oferte la plaza que venía ocupando el interino. El Tribunal estima que dicha previsión convencional al crear *ex novo* una nueva causa de terminación de los contratos de interinidad por vacante resultaba ilegal, no siendo posible que la autonomía colectiva pueda innovar sobre las causas de extinción de un contrato de interinidad por vacante, al no haberse incluido en el artículo 15 ET, y tratarse de una disposición de derecho necesario.

Además la doctrina incide en la necesaria relación entre el proceso de selección para cubrir un concreto puesto y el ocupado interinamente:

«No cabe aceptar que el interino deba cesar por la conclusión de un proceso de selección en el que no se ha incluido su especialidad ni su plaza y en el que ni siquiera pudo participar. El contrato del interino podrá ser extinguido si se ha convocado y resuelto un concurso o proceso selectivo en el que esté comprendido el puesto que desempeña. Así resulta del *art. 4.1 en su párrafo segundo, del RD 2720/98* cuando señala que el contrato de interinidad se podrá celebrar para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. Hay una conexión lógica y evidente entre el puesto de trabajo que desempeña provisionalmente el interino y el proceso de selección mediante el cual se espera conseguir una cobertura definitiva de ese puesto, y así la extinción por la conclusión del proceso según el *art. 8.1.4.ª* del mismo RD solamente tiene sentido si ese proceso era para la cobertura del puesto del interino. No es imprescindible para la extinción del contrato interino que se produzca la efectiva cobertura del puesto, pues el contrato se extinguirá válidamente por el fin del proceso sin que se haya cubierto la plaza, pero sí es necesario que la plaza pueda ser cubierta a través del concurso o proceso, lo que no puede ocurrir si ni siquiera se halla comprendida en aquél».

B) Reglas generales

a) *Tratamiento de la extinción contractual*

Destaca en relación con esta materia la **STSJ de Galicia de 26 de septiembre de 2009, IL J 1483/2011**, que declara, tras un análisis pormenorizado tanto de la normativa laboral como universitaria, que se ajusta a derecho la extinción del contrato por obra de un investigador de Universidad cuando en el mismo se identifica con claridad y precisión el proyecto de investigación individualizado en el que se circunscribe:

«el actor realizó las tareas propias de cada proyecto de investigación para el que fue contratado y la naturaleza de cada proyecto permite individualizarlos, entre ellos y en relación con lo que pueda constituir la actividad permanente y habitual del organismo demandado, cuyo funcionamiento habitual no depende de que se realicen éstos u otros proyectos distintos. Dicho está con ello que la buena doctrina a unificar es la que se mantiene en la sentencia recurrida y no en la de contraste, cuya afirmación —“la actividad del centro se limita a la labor investigadora en determinadas líneas, integradas por distintos proyectos, de modo que la aplicación o realización de los mismos forma parte de la actividad en sí misma considerada”— es inasumible con solo ponerla en relación con lo que ocurre en las diversas actividades habituales en la construcción —sector típico de este contrato—, perfectamente deslindables unas de otras. La indicada argumentación de la sentencia de contraste supondría, además, que el organismo demandado no tendría posibilidad de concertar este tipo de contratación temporal, en contra de lo que se establece en el art. 17.º de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, en el que se permite “a los organismos públicos de investigación” celebrar contratos de obra o servicio determinado para la realización de “un proyecto específico de investigación”... Consecuentemente, el que los proyectos de investigación del organismo demandado estén dentro de lo que se puede considerar su actividad normal y cotidiana no empece a la posibilidad de contratar el personal necesario para servirlos a través de la modalidad temporal

de para obra o servicio determinado, siempre que tales proyectos, tanto por su contenido como por su limitación en el tiempo, con un principio y un fin, aunque no se sepa exactamente el momento de su terminación, sean individualizables entre sí dentro de esa actividad habitual. No empece a todo lo ya afirmado el hecho de que el actor haya sido destinado ocasionalmente a actividades distintas de las que figuraban en el contrato, ya que en estas ocasiones lo realmente decisivo es que quede acreditada la causa de la temporalidad, de tal manera que si el trabajador es ocupado de manera ocasional o esporádica en tareas distintas de aquellas para las que fue contratado, ello no transforma automáticamente el contrato en indefinido, pudiendo apreciarse el fraude de ley únicamente cuando la encomienda de trabajos ajenos al contratado resulta ser lo normal y no lo excepcional, de tal manera que cuando se aprecie que el trabajador es habitualmente ocupado en trabajos distintos para los que fue contratado, deberá declararse el carácter indefinido del contrato, siempre y cuando se trate de tareas habituales de los trabajadores fijos o indefinidos de la empresa, siendo pues lo relevante el carácter temporal o no de la actividad principal llevada a cabo por el trabajador. En esta ocasión, sin embargo, no se parecía fraude de ley en la actuación de la empleadora de la demandante, ya que el hecho de que el director del Departamento afirme que el actor fue destinado a actividades diferentes de las que figuran en su contrato bien puede entrar dentro de las directrices y órdenes (en ocasiones arbitrarias) que un director de tesis suele imponer a sus doctorandos, pudiendo justificarse en todo caso por mor de la realización de la tesis doctoral, relativa a metales pesados, lo que exige la realización de un trabajo original de investigación elaborado por el doctorando en las líneas de investigación definidas para los correspondientes estudios de doctorado (en esta ocasión, medio ambiente y recursos naturales), es decir, que cualquiera de los trabajos realizados por el actor podrían ser aprovechados tanto en la realización de su tesis como en los cursos de doctorado (sin mencionar, obviamente, su uso en una hipotética plaza de profesorado en la USC). Todo ello entraría además dentro de la necesaria formación integral que debe exigirse al doctorando en la materia propia del departamento en el que se integre, no debiendo limitarse estrictamente al tema de tesis doctoral; es más, la mayoría de los trabajos realizados podrían (esa es otra de las finalidades de quedar integrado durante la realización de la tesis en el organigrama de un Instituto o Departamento Universitario) servir en su momento al actor, bien para ser evaluada positivamente su actividad por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación o del órgano de evaluación externa que la ley de la Comunidad Autónoma determine para adquirir la condición de personal docente, bien para obtener la acreditación nacional como profesor universitario, principal aspiración de cualquier doctorando integrado en la Universidad».

También en el ámbito universitario ha de destacarse en materia de extinción contractual la **STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2009, IL J 87/2012**, que declara que se ajustan a derecho las sucesivas extinciones de contratos de asociado a tiempo parcial por tiempo determinado suscritos con un profesor:

«Consta en el hecho probado segundo de la sentencia de instancia que el demandante ha suscrito varios contratos laborales de profesor asociado a tiempo parcial al amparo del artículo 53 indicado. Todos los contratos se han celebrado para prestar servicios como profesor asociado a tiempo parcial, y, aunque es cierto que en los primeros que aparecen en la relación se especifica que el objeto es la sustitución de otros profesores, por movilidad, año sabático, ayuda a movilidad o descanso maternal, el demandante pretende la declaración de que su cese debe calificarse como un despido porque los últimos contratos no aparecen

firmados por él. Centrándonos en el último de ellos, el de 1 de septiembre de 2008, consta que el demandante participó en el concurso para plazas de profesor contratado temporal, asociado, para el curso 2008-2009 y, por tanto, su contratación lo fue como profesor asociado al amparo del artículo 53 de la LO 6/2001, que fue el objeto del concurso. Las características indicadas respecto a la modalidad del contrato de trabajo como profesor asociado impide que a dicho contrato puedan asimilarse los contratos de trabajo de duración determinada a que se refiere el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, ni son extrapolables los principios de la contratación laboral temporal a esta modalidad específica de contratación en el ámbito universitario como es la del profesor asociado, que se caracteriza por una temporalidad de la relación jurídica, con el límite anual. Al haberse contratado al actor como profesor asociado a tiempo parcial y por tiempo determinado, su relación laboral con la universidad se extinguió al finalizar la prórroga del último de los contratos suscritos, y ello aunque no se hubiera consignado una causa específica que justificara la temporalidad, por no ser la misma necesaria».

b) Conversión en indefinido

Respecto de la conversión de contratos temporales en indefinidos ha de destacarse en primer lugar la **STSJ de Castilla y León de 6 de septiembre de 2011, IL J 1459/2011**, que señala que no cabe sino considerar por tiempo indefinido la relación laboral que vincula a un trabajador con la Administración que le contrata por obra en un supuesto en el que el trabajador ha estado prestando servicios en tres encargos diferente:

«Partiendo de ello, conforme al Art. 15.1.a) ET, el contrato para obra o servicio determinado debe tener autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y no suponer la realización de funciones habituales de la misma; ello al margen, debe describir y recoger detalladamente la obra a realizar, lo que no ocurre en el presente caso, dado que se realizan tres tipos de obras o encargos diferentes. Lo anterior no queda desvirtuado por el hecho de las reducciones presupuestarias apuntadas. Como consecuencia directa de lo anterior, conforme al Art. 15.3 ET, el contrato deviene en indefinido, con la consiguiente improcedencia del despido efectuado».

También las **SSTSJ de Asturias de 14 de octubre de 2011, IL J 1500/2011; IL J 1499/2011**, declaran que resulta fraudulenta la contratación temporal sucesiva en un supuesto en el que no se acreditan las causas de temporalidad:

«En el supuesto concreto examinado en el que las tareas encomendadas eran las propias de la actividad ordinaria o normal del centro de trabajo y venían designadas de forma genérica e inconcreta, sin que se justifique la causa de la temporalidad a que obedecían, y habiéndose estimado, en consecuencia, que la empresa ha incurrido en una actuación fraudulenta, se está en el caso de aplicar la excepción jurisprudencial citada. Como ha argumentado el Tribunal Supremo en las resoluciones que se dejan citadas, la solución así adoptada reviste carácter excepcional frente a casos de abusiva alegación de algún vicio en cualquiera de los numerosos contratos que puedan haber suscrito las partes o la infundada alegación de que estos encubrían un fraude de ley. Pero la doctrina que en dichas resoluciones se reafirma es la ya expuesta de que un contrato temporal inválido por falta de causa o infracción de límites establecidos en su regulación propia con carácter necesario consti-

tuye una relación laboral indefinida y no pierde esta condición por supuestas novaciones con otros contratos temporales, manteniéndose la unidad de la relación laboral, la cual no se rompe por cortas interrupciones que buscan aparentar el nacimiento de una nueva. En el supuesto sometido a la consideración de la Sala las partes suscribieron sucesivos contratos de trabajos temporales de puesta a disposición por acumulación de tareas, sin que se haya acreditado un exceso de trabajo por encima del ordinario y habitual de la empresa, habiendo desempeñado la trabajadora el trabajo normal de la actividad pactada de especialista o peón y, por tanto, al proceder la empresa recurrente a no llamar nuevamente a la actora comunicando a la reclamante la extinción del contrato, (...) dicha decisión extintiva, tratándose de una relación laboral indefinida es constitutiva de un despido y frente a ella cabe ejercitar la correspondiente acción de reclamación, que fue lo que efectivamente aconteció recayendo Sentencia estimatoria de la demanda del despido, que es contra la que se interpone el presente recurso. En este sentido advierte el Alto Tribunal (STS de 21 de marzo de 2002) que el fraude de ley del que se habla no implica siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal (*dolus malus*), sino la mera y simple constancia de que la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, y sí una prestación de servicios que es clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad empresarial, de modo que la fijeza así surgida permanece, aunque se formalicen luego otro u otros contratos temporales, incluso aunque alguno de ellos, en sí mismo y al margen de la cadena contractual, pudiera considerarse válido; y es la circunstancia de que siendo fijo se le comunique el cese, en ausencia de una causa de temporalidad que legitime tal extinción, el que hace nacer la acción de despido».

3. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL

A) Contrato a tiempo parcial

La **STJE de 1 de marzo de 2012, IL J 121/2012**, examina en relación con la legislación de Gran Bretaña las diferencias por la denegación de la pensión de jubilación de jueces a tiempo parcial retribuidos por honorarios diarios. El Tribunal de Justicia concluye que se opone al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997 por estas diferencias con los jueces a tiempo completo que se encuentren en una situación comparable, a menos que razones objetivas justifiquen tal diferencia de trato. Recuerda el Tribunal que no amparan estas razones objetivas la existencia de una norma general y abstracta que contenga esta prescripción ni las consideraciones presupuestarias.

B) Contratos fijos discontinuos

Destaca la interesante **STSJ de Andalucía de 10 de noviembre de 2011, ILJ 200/2012**, que rechaza la percepción de la prestación de desempleo de un trabajador indefinido de una empresa dedicada a la fabricación de muebles que había aceptado la conversión de su contrato en un contrato fijo discontinuo. La sentencia entiende que la actividad de la empresa y del trabajador no había variado, no siendo intermitente o cíclica en los términos fijados por la jurisprudencia para declarar la relación como fija discontinua, por lo que la

interrupción de la actividad sólo podía producirse mediante suspensión autorizada por la Administración.

«El hecho de que por las circunstancias económicas derivadas de la actual crisis, disminuyan los pedidos o la actividad en general de la empresa, no convierten la actividad en discontinua, y tal cambio de circunstancias no permite la directa conversión de un contrato fijo en otro fijo discontinuo, dado que la interrupción de la actividad o la disminución de la jornada solo puede llevarse a cabo (al menos en la fecha en que ello se produjo, anterior a las modificaciones introducidas por el Real Decreto Ley 10/10), mediante la autorización Administrativa para la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada. El propio contrato suscrito entre las partes por el que se nova la naturaleza del entonces vigente, establecía que los trabajos consistían en “*Administración en general*”, indicando que se encuadraban dentro de la actividad cíclica intermitente “*según pedidos de cartera*”, y cuya duración será de “*sin determinar*”».

La sentencia reputa incorrecta esta novación del contrato, siendo fija la actividad, y declara que dicha irregularidad impide el acceso a la prestación por desempleo, no pudiendo sustituirse por la sola voluntad de las partes el salario por la prestación.

En otro orden de cosas, se determina que la modalidad de fijo discontinuo es adecuada para la contratación de expertos de formación para la impartición de cursos de formación ocupacional (**STSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2011, IL J 193/2012**). Por consiguiente, para atender las campañas de formación la contratación debe producirse como un contrato indefinido discontinuo, al constatarse una necesidad de trabajo intermitente o cíclico, que se reitera en el tiempo —aunque lo sea por periodos limitados—, y responde a las necesidades normales y permanentes de la entidad empleadora.

También en la delimitación de esta modalidad contractual respecto a contrataciones temporales, la **STS de 28 de noviembre de 2011, IL J 55/2012**, determina que el contrato para cubrir una necesidad de trabajo de carácter intermitente no puede ser cubierto con un contrato eventual por circunstancias de la producción. Por ello la cobertura de un puesto de trabajo de guía para Patrimonio Nacional mediante este contrato no es una cobertura reglamentaria, y por tanto, la falta de llamamiento del demandante que había desempeñado dicho puesto mediante contratos temporales devenidos en contrato indefinido discontinuo constituye un despido improcedente.

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2011, IL J 175/2012**, confirma el derecho de los empleados de las barras en las instalaciones de las barras del FC Barcelona, a que el exceso de jornada que con carácter excepcional realizan los trabajadores sobre la jornada de 4 horas diarias en cada partido debe abonarse en la parte del salario fijo que perciben, no teniendo la naturaleza de horas extraordinarias ni de horas complementarias.

Abordando un caso también específico, la **STSJ de Andalucía de 15 de septiembre de 2011, IL J 1471/2011**, determina la inexistencia de despido por la falta de llamamiento del trabajador fijo discontinuo. Y ello porque éste no es llamado por falta de trabajo. No hay voluntad empresarial extintiva, y los trabajadores que han sido llamados uno es más antiguo y otro tiene una especialidad distinta al demandante.

C) Contrato de relevo

En doctrina unificada, abordando el cumplimiento de los condicionantes para acceder a la jubilación parcial existen diversos pronunciamientos de interés. De entrada, la **STS de 28 de noviembre de 2011, IL J 60/2012**, establece que cuando el trabajador relevista causa baja por excedencia para cuidado de hijo menor, para que el empleador no incurra en responsabilidad debe contratar a otro trabajador relevista por sustitución del primer relevista. Este segundo contrato de relevo tiene un carácter de interinidad que modula su duración, pero no pierde la naturaleza de contrato de relevo

En cuanto al requisito no exigir una correspondencia estricta entre el puesto de trabajo del jubilado y del relevista, bastando con que la base de cotización sea igual o superior al 65% de la que tenía el jubilado parcial (**STS de 23 de noviembre de 2011, IL J 130/2012**). El pronunciamiento repasa el sentido histórico y finalista de esta exigencia:

«Y ello por una interpretación histórica y finalista del precepto debatido. En definitiva, el legislador ha pretendido —y sobre esto no parece haber discusión— dos objetivos. Uno, coherente con la política de empleo, que la jubilación anticipada, aunque sea parcial, no se traduzca en la pérdida de puestos de trabajo: de ahí la exigencia de celebrar simultáneamente un contrato de relevo con al menos la misma duración que el tiempo que reste hasta la jubilación definitiva del relevado y con una jornada al menos igual al tiempo de reducción experimentada por la jornada de éste. Y el segundo objetivo es que los ingresos de la Seguridad Social no se vean mermados. Para ello exigió, en una primera versión de la norma, que los trabajos fueran iguales o similares lo que, implícitamente, suponía que tendrían parecidos salarios y, por ello, similares bases de cotización, que es lo realmente importante, desde este segundo punto de vista. Posteriormente, a raíz de la reforma introducida por la Ley 40/2007, abrió una doble vía para alcanzar la finalidad de la no merma en la recaudación: junto a la vía indirecta del trabajo igual o similar, la vía directa de la correspondencia de cotización, si bien parcial: de al menos el 65 por 100 y con esa redacción un tanto confusa acerca de los “requerimientos específicos” para obviar la igualdad o similitud de los trabajos y que quedaban a la espera de desarrollo reglamentario. Y, posterior y finalmente, la Ley 27/2011 —que, aunque no aplicable a nuestro caso, clarifica el panorama interpretativo— prescinde de la vía indirecta y se queda solamente con la directa: elimina de la letra e) del artículo 166.2 de la LGSS toda referencia al trabajo igual o similar o bien a los “requerimientos específicos” que impidan esa igualdad o similitud —así como la referencia a un futuro reglamento sobre esa cuestión— y mantiene exclusivamente la exigencia de la correspondencia de las bases de cotización al menos en el 65 por 100».

En segundo lugar, en doctrina unificada cabe remarcar las **SSTS de 6 de octubre y 26 diciembre de 2011, IL J 1436/2011 y 156/2012**, que admiten la denegación de la jubilación parcial cuando en el contrato del relevista existían irregularidades, entendiendo que no basta el cumplimiento de los requisitos personales por quien pretende acceder a esta jubilación, no existiendo un derecho subjetivo a la jubilación parcial desligado del resto de los requisitos relacionados con el contrato de relevo.

También, se pronuncia el Tribunal Supremo en el sentido de que no procede el reintegro de prestaciones por la empresa al INSS, cuando despedido improcedentemente el jubilado parcial sin opción por la readmisión, el trabajador relevista ya estaba contratado a

tiempo completo. En estos supuestos, no se reputa necesario contratar a otro relevista (**STS de 6 de octubre de 2011, IL J 1437/2011**). Sin embargo, sí se declara la responsabilidad empresarial en el pago de las prestaciones cuando, despedido el jubilado parcialmente y no habiendo impugnado el despido, no se procede a contratar a un nuevo relevista contraviniendo lo dispuesto en el número 1 de la Disposición Adicional Segunda 2 del Real Decreto 1131/2002 (**STS de 29 de noviembre de 2011, IL J 65/2012**).

Ya en doctrina judicial de suplicación, la **STSJ de Galicia de 27 de octubre de 2011, IL J 103/2012**, abunda en la conocida interpretación de que no puede imponerse a un empresario la obligación de novar un contrato para permitir el acceso de un empleado a la jubilación parcial y la consiguiente obligación de contratar a un relevista, sin perjuicio de que la denegación deba ser motivada.

4. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La **STSJ de Canarias de 13 de septiembre de 2011, IL J 71/2012**, califica de nulo el despido de un trabajador contratado en una Administración pública bajo la apariencia de una contratación administrativa. El Tribunal determina el carácter de contrato de trabajo indefinido, no fijo y justifica la nulidad de su cese por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, al entender que no se produjo su contratación como consecuencia de la presentación por el trabajador de demanda en reclamación de declaración de existencia de relación laboral.

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) Protección de los trabajadores por la Directiva 80/987 en caso de insolvencia empresarial.
- b) Impugnación de Convenio Colectivo. Igualdad de trato parejas de hecho y matrimonio. Conceptos retributivos de las horas extraordinarias.
- c) Conflicto Colectivo. Reducción salarial del 5% de la empresa pública.
- d) Conflicto Colectivo. Retribución de vacaciones.
- e) Duración del tiempo del derecho de vacaciones. Retribución. Directiva 2003/88.
- f) Fijos discontinuos. Horas extraordinarias. Exceso de Jornada.
- g) Plus de penosidad. Salud laboral. Nivel de ruido soportado.
- h) Valor de la hora extraordinaria. Plus de transporte y vestuario. Pagas extras.
- i) Horas extraordinarias: Empresas de seguridad. Inclusión en el cálculo del valor de la hora ordinaria de trabajo, del importe de los complementos de puesto de trabajo de nocturnidad, escolta, peligrosidad y festividad, por cuanto que éstos no solamente gozan de naturaleza salarial, sino que también participan de un carácter ordinario en atención al puesto desempeñado y a la forma de desarrollar la actividad laboral de que se trate.
- j) No se computará como inasistencia al trabajo los días de descanso por maternidad para calcular el complemento de productividad.
- k) Renfe operadora. Retribución variable. Situación de IT.

B) Fondo de Garantía Salarial.

- a) Responsabilidad subsidiaria: procede. Títulos habilitantes legalmente exigidos: sentencia dictada en proceso por reclamación de cantidad.
- b) Responsabilidad directa: procede. Extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas. Registradores de la Propiedad.
- c) Responsabilidad directa: no procede. Grupo de empresas: no se acreditan las causas económicas u organizativas que justifiquen la extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas.

2. JORNADA.

A) Jubilación parcial. Exigencia de cumplimiento de la totalidad de requisitos del relevista y relevado para el acceso a la prestación.

- B) **Jubilación parcial.** Obligación de mantener el contrato del relevista, aun en supuesto de cese procedente del relevado, hasta la finalización del contrato.
 - C) **Modificación de las condiciones laborales.** Reducción de jornada de profesores de religión. No supone modificación sustancial de las condiciones de trabajo.
3. PACTO DE NO COMPETENCIA.
- A) **Competencia desleal.** Transgresión de la buena fe contractual. La empresa no tiene conocimiento ni ha prestado consentimiento para la actividad del trabajador.
 - B) **Competencia desleal.** Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del cargo. Captación de clientes para despacho de abogados propio.
4. SISTEMA DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL.
- A) **Ascensos en el ámbito del profesorado en comisión de servicios de las Escuelas Europeas.**
5. MOVILIDAD FUNCIONAL.
- A) **Movilidad horizontal: limitaciones.**
6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.
- A) **Conflicto Colectivo.** Reducción salarial de empresa pública.
 - B) **Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.** Inexistencia. Acuerdo en Convenio Colectivo.
 - C) **Modificación sustancial de condiciones de trabajo.** Reducción salarial.
 - D) **Conflicto colectivo.** Modificación sustancial colectiva.
 - E) **Reducción de jornada impuesta por la empresa.** Improcedente.
 - F) **Profesores de religión.** Modificación de la jornada. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.
-

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en el Repertorio Analítico de Jurisprudencia de los números 12 de 2011 y 1 y 2 de 2012 de la *Revista de Información Laboral* (diciembre 2011 y enero-febrero 2012).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

- a) *Protección de los trabajadores por la Directiva 80/987 en caso de insolvencia empresarial*

STJ de la Unión Europea de 17 de noviembre de 2011, IL J 1407/2011.

1. El órgano jurisdiccional remitente alega que no puede determinar con claridad si la obligación de estar registrado como demandante de empleo es una disposición que un Estado miembro puede adoptar de manera general sobre la base de esas disposiciones de la Directiva 80/987. La sentencia que nos ocupa en la decisión prejudicial sobre si los artículos 4, 5 y 10 de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, ante la negativa de abonarle la totalidad de la prestación por insolvencia por considerar que no se había registrado como demandante de empleo en la Centrale organisatie voor Werk en Inkomen (Organización central para el empleo y las rentas de trabajo; en lo sucesivo «CWI») dentro del plazo señalado.

Por esta directiva los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que las instituciones de garantía aseguren, sin perjuicio de que puedan establecer unos límites o de adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar abusos; lo dispuesto en el artículo 4, el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales.

2. Se fundamenta que el fin y espíritu de la Directiva 80/987 es garantizar a todos los trabajadores por cuenta ajena un mínimo de protección en la Unión Europea en caso de insolvencia del empresario mediante el pago de los créditos impagados que resulten de contratos o de relaciones laborales y que se refieran a la retribución correspondiente a un período determinado, y así lo ha venido interpretando la Jurisprudencia. Precizando que los Estados miembros sólo excepcionalmente tienen la facultad, sobre la base del artículo 4 de la Directiva 80/987, limitar la obligación de pago prevista en el artículo 3 de ésta. Tal limitación puede referirse tanto a la duración del período como al límite del pago.

3. En la sentencia se analiza, la viabilidad de los Estados miembros de introducir elementos diferenciales en referencia a la edad de los trabajadores, cuando median determinadas circunstancias que pueden justificar estas diferencias de trato, pero que exigen estar justificadas, por objetivos legítimos como las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, lo que obliga a los interlocutores sociales en la negociación colectiva a respetar y negociar dentro de los límites de la Directiva 2000/78, que recoge expresamente el principio de no discriminación por razón de la edad. Y significa, que el artículo 4 de la Directiva 80/987 debe interpretarse de manera restrictiva, y en todo caso debe garantizarse un mínimo de protección a todos los trabajadores. Y señala que un trabajador que se encuentre en la situación del demandante es decir, que debido al incumplimiento de la obligación de estar registrado como demandante de empleo en un plazo dado en la legislación de un Estado miembro, se le realice una disminución a tanto alzado y automática del pago de sus créditos salariales y no pueda obtener la garantía por los salarios que no cobró por la insolvencia de la empresa.

La cuestión litigiosa no es el pago de los salarios que exceden de la finalidad social que pretende la norma comunitaria, por ello en el caso de autos el Tribunal dicta que sí se vulnera el mínimo de protección perseguido por la citada Directiva, pues la norma permite que se descuenten a tanto alzado y automáticamente el importe de la devolución de los créditos salariales.

La Directiva autoriza a los Estados miembros a dictar y aprobar normas para evitar abusos, pero la obligación de estar registrado como demandante de empleo, en el caso del

cobro de los salarios determinados dentro de un límite por insolvencia de una empresa, no supone eliminar los riesgos de fraude. Por ello debe interpretarse la normativa de los estados miembros a este respecto, haciendo prevalecer el derecho de cobro de los salarios dejados de percibir por los trabajadores cuando la causa es la insolvencia de la empresa.

b) *Impugnación de Convenio Colectivo. Igualdad de trato parejas de hecho y matrimonio. Conceptos retributivos de las horas extraordinarias*

STSJ de Cataluña de 20 de junio de 2011 (recurso de suplicación 7594/2011), IL J 1315/2011.

1. Tres son las cuestiones objeto de la impugnación del Convenio Colectivo por parte de USO, la primera la exigencia de la convivencia de dos años en las parejas de hecho y no en los matrimonios para poder acceder a billetes de tarifa gratuita y con descuentos vulnerando el art. 14 de la CE; la segunda la doble escala salarial entre el personal fijo de plantilla y el temporal por la realización del mismo trabajo, que a entender del sindicato impugnante se produce ante la posibilidad de acceso a un complemento de idiomas, taquigrafía y estenotipia; y por último la inclusión de horas extraordinarias junto al resto de los complementos salariales en los incentivos que se retribuyen a tanto alzado.

La empresa demanda se opone al trato discriminatorio entre los trabajadores que conviven en pareja de hecho y los que lo hacen en matrimonio, entendiendo que el trato desigual no implica que sea discriminatorio, y que vulnere el art. 14 de la CE. En cuanto al complemento de idiomas, taquigrafía y estenotipia, la empresa argumenta que es un plus de carácter no consolidable que se estableció en su momento para los trabajadores que debían aplicar estos conocimientos en su puesto de trabajo, habiendo perdido dos de ellos su vigencia en la actualidad, resultando que el tercero, el idioma, ahora se necesita para todos los puestos de trabajo y por lo tanto su retribución está incluida en el salario. Y por último en referencia a las horas extraordinarias alega el pacto de salario global, ya que no hay un control riguroso de la realización de las mismas.

2. Desestima la Sala de la AN los dos primeros motivos de impugnación, el primero de ellos sobre la doctrina del TC, que establece que «... es cierto que la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. Pero lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14, sea acreedora al mismo tratamiento —singularmente, por lo que ahora importa, en materia de pensiones de la Seguridad Social— que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza.

En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento...».

Desestima la AN también el segundo motivo, haciendo mención a la doctrina jurisprudencial, que nuevamente recoge no todo trato desigual infringe el principio de igualdad, sino sólo el que carece de justificación objetiva y razonable (STC 256/2004; STS 12-11-08, RJ 2008/7044; STS 5-11-08, RJ 2008/7656), de modo que es rechazable una cláusula de convenio colectivo que establezca una diferenciación que no se limite a conservar una determinada cuantía retributiva ya percibida, sino que instaure un cuadro de doble régimen retributivo, siempre que no exista justificación objetiva y razonable para ello (STS 5-7-06, RJ 2006/6556; STS 27-9-07, RJ 2007/8608; STS 12-11-08, RJ 2008/7044; STS 5-11-08, RJ 2008/7656; STS 6-11-07, RJ 2008/989; STS 3-11-08, RJ 2008/7652; STS 22-1-96, RJ 1996/479; STS 20-9-02, RJ 2002/500; STS 2-12-09, RJ 2010/254). Es decir se justifica así la tesis de la empresa que mantiene que los contratados a partir del 6-6-91 llevan incluida en su salario la retribución por el uso del inglés, de modo que es lógico que no puedan optar a su compensación a través de un complemento específico; mientras que los contratados antes de la citada fecha, en caso de utilizar el inglés para la realización de su trabajo, no percibirían compensación alguna si no se les reconociera el derecho a optar al antiguo complemento funcional. En conclusión entienden que concurre justificación objetiva y razonable para que sólo a los trabajadores contratados antes del 6-6-91 se les pueda reconocer el derecho a percibir el antiguo complemento de idiomas, siempre que cumplan los requisitos para ello.

Se estima el tercer motivo del recurso, y si bien reconoce que el TS se ha pronunciado a favor de la licitud de la retribución global de las horas extraordinarias, defendiendo la validez de los pactos individuales o colectivos «en los que se fije una retribución global o genérica, de importe igual o similar cada mes, en compensación del exceso de jornada que éste se compromete a realizar; siempre, claro está, que en tal pacto se respeten adecuadamente los límites que la Ley establece tanto en relación con el tiempo máximo de trabajo (art. 34.2 ET) como con el montante de la retribución (art. 35.1 ET), pero también ha rechazado la licitud de retribuciones globales de horas extraordinarias en las que no queda claro que se estén respetando los límites indicados. En el presente caso no es posible atender a la alegación de la empresa de que el sistema de retribución global responde a una realidad de horas extraordinarias difícil de controlar, puesto que esta situación no se acredita, y nada impedía a la demandada establecer un sistema de control adecuado.

3. Para dilucidar el abono de las horas extraordinarias, hay que determinar los conceptos que deben ser abonados en la retribución de las mismas; en aplicación del criterio doctrinal mayoritario debe abonarse la cuantía de la hora ordinaria mas 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).

c) Conflicto Colectivo. Reducción salarial del 5% de la empresa pública

STSJ de Galicia de 30 de septiembre de 2011 (recurso de suplicación 2604/2011), IL J 1489/2011.

1. Se estima en instancia la demanda inicial de conflicto colectivo planteado afecta al centro de trabajo de la Escuela Municipal de Música de A Coruña y a todos sus trabajado-

res. El día 24 de mayo de 2010 se publica en el BOE el Real Decreto-ley 8/2010, de 24 de mayo de 2010, para la adopción de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (hecho notorio). La empresa demandada envía al centro de trabajo una nota informativa, que se coloca en el tablón de anuncios ese mismo día, en relación con la reducción de las retribuciones de la plantilla en un porcentaje del 5%, lo que se hace efectivo en la nómina de ese mes (junio de 2010), reducción del 5% de las cuantías de cada uno de los conceptos retributivos que integran la nómina, que se mantiene en las siguientes mensualidades. Dicha rebaja no fue notificada personalmente a los trabajadores ni al Delegado de personal. Los trabajadores de la Escuela Municipal de Música de la Coruña son todos personal laboral, y han accedido a la Escuela, alguno de ellos, tras pasar un proceso público de selección de personal, y otros mediante la firma de un contrato de trabajo de carácter temporal.

2. Estima la Sala el segundo motivo del recurso interpuesto, y en primer lugar matiza que las sentencias que sirven de apoyo jurídico a la Magistrada de Instancia, que declara nula de pleno derecho la decisión de la empresa pública de reducir el 5% los conceptos salariales que integran su plantilla, considera que no les resulta de aplicación dicha reducción salvo que por negociación colectiva, partiendo de la definición de negociación colectiva del art. 2 del Convenio de la OIT núm. 154, basando la defensa de la abogada del Estado, entre los trabajadores que están sometidos a Convenio y aquellos que no, a los cuales se les debe aplicar la Ley autonómica, que autoriza esta reducción, si bien la Sala desecha esta interpretación y entiende que al personal no sometido a Convenio se le ha de aplicar la Legislación del Estado, constituida por el Estatuto y en este caso concreto por aplicación del art. 41, desechando con esta interpretación toda vulneración del principio de igualdad entre los trabajadores sometidos a Convenio y aquellos que no.

Sigue razonando la Sala que la normativa de aplicación al supuesto ahora enjuiciado es la constituida por el artículo 22.2.B) 4.º de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 en su redacción dada por el Real Decreto-ley 8/2010 que, en su redacción literal, prevé que la distribución definitiva de la reducción podrá alterarse mediante negociación colectiva. Por tanto, la reducción operada por la Administración demandada lo fue por aplicación de la normativa citada y sin que pueda observarse vulneración de lo dispuesto en la normativa laboral de condiciones de trabajo ni en la relativa a negociación colectiva, y ello sobre base jurídica que la normativa extraordinaria aprobada deja abierta a la negociación colectiva solamente para la distribución definitiva de la reducción salarial, con carácter preceptivo, pero no la reducción misma, sin que, de la interpretación de dicha normativa, dicha reducción salarial pueda considerarse en ningún caso una modificación de las condiciones laborales prevista en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto dicha normativa nada dice respecto al personal laboral de las Administraciones Públicas, a diferencia del personal al servicio de las entidades mercantiles de capital público, ya que conforme a la dicción lateral del precepto aplicable a aquel personal, tan solo queda abierta a la negociación colectiva la distribución de la reducción salarial.

3. Es interesante el razonamiento que se realiza por la Magistrada de instancia, sobre la nulidad de la aplicación de la reducción del 5% impuesta vía autonómica, que diferencia a la hora de aplicar la reducción salarial en todos los conceptos al personal según el personal

esté o no sometido a Convenio Colectivo, entendiendo que vulnera el principio de igualdad, ante los trabajadores que se les aplica directamente la norma, razonando igual que la Sala aunque finalmente revoque su sentencia, que les resulta de aplicación el art. 41 del ET, cuestión central del debate, aunque estime la Sala que es la Ley de Presupuestos del Estado la que se aplica, y a su vez prevé que la distribución definitiva de la reducción podrá alterarse por negociación colectiva.

d) Conflicto Colectivo. Retribución de vacaciones

STSJ de Galicia de 30 de septiembre de 2011 (recurso de suplicación 2277/2011), IL J 1509/2011.

1. Interponen conflicto colectivo UGT y CCOO, porque no está conformes con el abono en el periodo de vacaciones que se realiza por la empresa demandada adjudicataria de la contrata de limpieza del Hospital de Gijón. Estos trabajadores normalmente realizan trabajos en domingos y festivos, en horas nocturnas y en situación de peligrosidad, y durante las vacaciones no se les abonan estos conceptos ni la media que vienen percibiendo durante el año. La empresa mantiene que en el convenio colectivo está pactado que sus retribuciones salariales sean las mismas que un trabajador del Sespas y en consecuencia está aceptándolas como límite máximo, y en consecuencia el abono de las vacaciones en la forma reclamada implica que los trabajadores equiparados perciban un salario superior a los que se equiparan, y que si bien no se establece una equiparación como tal el concepto de vacaciones sí se realiza en la retribución en cómputo anual.

2. Entra la Sala del TSJ de Asturias a dilucidar una cuestión reiterada a lo largo del tiempo tanto en los diferentes TTSSJ como por el propio TS, cual es la aplicación del art. 7 del Convenio núm. 132 de la OIT, es decir que las vacaciones deberán abonarse por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfrute el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculadas en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado». Interpretando esas normas, significa la Sala que, habiendo quedado probado que los trabajadores realizan normalmente trabajos en domingos y festivos, en horas nocturnas o en situaciones de peligrosidad, soliendo percibir en sus remuneraciones mensuales los pluses correspondientes a tales conceptos, en el periodo de vacaciones la empresa les abona la remuneración simple de salario base, antigüedad, sin abonarles la remuneración normal o media que vinieran percibiendo el resto del año. El convenio colectivo aplicable no contiene una previsión específica en cuanto a los conceptos salariales que deben integrar la retribución por vacaciones. Exclusivamente, sigue fundamentando la Sala, se limita a dictar normas sobre el mínimo de días que debe abarcar, época preferente de su disfrute y otros aspectos, pero sin ninguna determinación sobre el extremo relativo a los conceptos retributivos que el descanso anual comporta. En el citado Convenio Colectivo de aplicación junto con el salario base y el complemento de antigüedad están también recogidos, como integrantes de la estructura salarial, el plus de nocturnidad, el de toxicidad, peligrosidad o excepcional penosidad, así como el plus de domingos y festivos.

Estando acreditados los extremos anteriores, no duda la Sala en aplicar la doctrina jurisprudencial reseñada, que señala para estos casos la aplicación artículo 7 del Convenio 132 de la OIT, y en consecuencia determinar que la retribución por vacaciones se debe corresponder con una retribución salarial de la misma cuantía, al menos, que la percibida por el trabajador en una jornada ordinaria, determinándose aquélla conforme a las cantidades abonadas en el periodo inmediatamente anterior a las vacaciones que se retribuyen, y por lo tanto debe comprender, en el presente caso, también los complementos salariales reconocidos por el Juzgador de instancia en cuanto que forman parte de la retribución de la jornada ordinaria de trabajo de los trabajadores, y sin que constituya un impedimento a ello la previsión del Convenio Colectivo, que establece una equiparación salarial de los trabajadores adscritos a los servicios de limpieza de los centros sanitarios dependientes de la Seguridad Social, en el sentido de que tal precepto lo que hace es asegurar, en cómputo anual, la misma retribución que a igual categoría y trabajo percibe el personal de plantilla de aquellos centros sanitarios, y por lo tanto dicha cláusula convencional en nada impide que la retribución del periodo vacacional incluya los pluses referidos y que normalmente cobran los trabajadores reclamantes.

3. Se hace eco la Sala de las Sentencias dictadas por el TS que en esta materia, en reiteradas ocasiones, ha resuelto que para complementar el vacío legal existente en esta materia en el Estatuto de los Trabajadores, que no señala las directrices a seguir para determinar los conceptos incluidos y excluidos del cómputo económico de las vacaciones, ha de aplicarse el art. 7 del Convenio núm. 132 de la OIT, ya transcrito anteriormente y que establece de forma mas precisa la remuneración mínima que debe incluir el periodo vacacional.

e) Duración del tiempo del derecho de vacaciones. Retribución. Directiva 2003/88

STJ de la Unión Europea de 24 de enero de 2012 (cuestión prejudicial C-282/10), IL J 16/2012.

1. En esta sentencia se plantean tres cuestiones, la primera cuestión prejudicial es el planteamiento que hace el órgano jurisdiccional remitente que pide que se signifique si el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que supediten el derecho a vacaciones anuales retribuidas a la existencia de un tiempo de trabajo efectivo durante el período de devengo de tales vacaciones.

Mediante la segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente pide que se determine si el artículo 7 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que, en un litigio entre particulares, ha de excluirse la aplicación de una disposición nacional que supedita el derecho a vacaciones anuales retribuidas a la existencia de un tiempo de trabajo efectivo mínimo durante el período de devengo de tales vacaciones, en contra de lo dispuesto por dicho artículo 7.

Y, por último, mediante la tercera cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pide fundamentalmente que se dilucide si el artículo 7 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece, 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 dicha Directiva.

2. En referencia a la primera cuestión, dilucida el Tribunal, tal y como lo ha referido en otras cuestiones previas planteadas por los tribunales de otros Estados Miembros, y se resume su criterio como la necesidad de ejecución y aplicación para la puesta en práctica de las disposiciones de la Directiva 93/104, codificada por la Directiva 2003/88, que pueden contener determinadas diferencias por lo que respecta a las condiciones de ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas, pero dicha Directiva no permite que los Estados miembros impidan el propio nacimiento de un derecho concedido expresamente a todos los trabajadores. La Directiva 2003/88 no hace distinción si los trabajadores que durante el período de devengo de las vacaciones anuales faltan a su puesto de trabajo como consecuencia de una baja por enfermedad, o los que trabajen efectivamente, por ello cuando se trata de trabajadores en situación de baja por enfermedad debidamente prescrita, al requisito de haber trabajado efectivamente durante el período de devengo de las vacaciones anuales establecido en el Estado de que se trate ningún Estado miembro puede supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas.

Frente a la segunda cuestión prejudicial, es responsabilidad del órgano jurisdiccional remitente comprobar, con una interpretación global de su Derecho interno, para alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por la Directiva, y sea por analogía o similitud, intentar realizar una interpretación integradora. Si ello no fuese posible, incumbe al tribunal nacional comprobar si, habida cuenta de la naturaleza jurídica de las partes demandadas en el procedimiento principal, puede invocarse frente a ellas el efecto directo del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88; si aun así no se puede alcanzar una interpretación acorde con el artículo 7 de la Directiva 2003/88, la parte perjudicada por la no conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión podrá invocar, no obstante, la sentencia *Francovich y otros*, dictadas por este Tribunal, para obtener, en su caso, reparación del daño sufrido.

Por último, y en referencia a la tercera cuestión prejudicial, debe tenerse en cuenta que el artículo 7 de la Directiva 2003/88 no hace distinción alguna en función del origen de la baja médica del trabajador, siempre que esté debidamente emitida; según la Directiva todo trabajador tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas de al menos cuatro semanas, con independencia de que haya estado de baja médica, ya sea a causa de un accidente en el lugar de trabajo o en cualquier otro lugar, ya a causa de una enfermedad de la naturaleza u origen que sea. Así, los Estados miembros pueden establecer que el derecho a vacaciones anuales retribuidas conferido por el Derecho nacional varíe en función del origen de la baja médica del trabajador, siempre que sea igual o superior al período mínimo de cuatro semanas previsto en el artículo 7 de la citada Directiva. Por lo que se puede concluir que el Tribunal Europeo significa que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional que establezca, 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 dicha Directiva.

3. Se pone de manifiesto que el Derecho de la Unión Europea no limita ni impide a los Estados miembros, y también a sus agentes sociales, más allá de la protección mínima que al trabajador le otorga las Directivas, que han de ser interpretadas con un criterio global e

integral de las legislaciones de los Estados, y que si en alguna ocasión aun así no puede realizarse por la naturaleza jurídica de las partes, los particulares podrán alegar en su derecho y apoyo la Jurisprudencia para obtener en su caso la reparación del año sufrido.

f) Fijos discontinuos. Horas extraordinarias. Exceso de Jornada

STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2011 (recurso de suplicación 3073/2011), IL J 175/2012.

1. Se estima la sentencia en instancia que deriva de una demanda que interponen los trabajadores fijos discontinuos de una contrata de la restauración de un Club de Fútbol, en reclamación de la retribución por el exceso de jornada sobre las 4 horas de cada partido/evento. Se recogen como hechos probados que no consta ni en los contratos de trabajo, ni en ningún pacto de empresa, el número de horas ordinarias trabajadas al día, a la semana, al mes o al año ni su distribución. Si bien, la empresa demandada cotiza a la Seguridad Social por 4 horas de trabajo por cada partido o evento y abona a los trabajadores en su salario una parte fija que se corresponde con estas 4 horas de trabajo. Los trabajadores comienzan su jornada laboral 2 horas antes de que se inicie el partido de fútbol, continúan durante la primera parte del partido y durante el descanso, y en el momento en el cual el árbitro pita el inicio de la segunda parte del partido cierran el servicio y proceden a recoger el puesto y a hacer el recuento de la recaudación. El número de partidos o eventos para los que son convocados los trabajadores depende cada año, y varían entre 28 y 32 por temporada. En algunos partidos/eventos han sido convocados antes del horario habitual y se les ha abonado como exceso de tiempo trabajado en su nómina. El día 27/8/2009 tuvo lugar el partido «Gamper», por ello la empresa convocó a los trabajadores a las 18:30 horas, siendo que el partido comenzó a las 22:15 horas, por lo que aquel día los trabajadores prestaron servicios durante una 1 hora y 45 minutos de más respecto del resto de los partidos a los que son llamados los trabajadores.

2. Recurre la empresa la demanda, y ratifica la Sala la sentencia con la siguiente argumentación: el caso que nos ocupa analiza una jornada de trabajo, son las 4 horas de partido que dura según se deduce de la documental, y ello se corrobora por la propia empresa con la cotización de 4 horas por partido, ya que en los pactos se establece de forma expresa que la retribución a los trabajadores se hace por partido, pero no especifica la forma concreta ni la duración del partido. Ahora bien, la parte de salario fijo que abonó la empresa a los trabajadores se corresponde con las cuatro horas que trabajan en cada partido a que asisten. Al no tener un conocimiento previo y determinado de los partidos que se celebran es por lo que no se puede determinar la jornada anual, ya que no ha quedado probado en este caso que estamos analizando que la jornada de los partidos sea inferior a 4 horas, como alega la parte recurrente.

Fundamenta la Sala que las horas extraordinarias no son posibles en los contratos de trabajo a tiempo parcial como así lo establece el art 12.4.c) del ET, y en este caso que analizamos tampoco se pueden considerar como horas complementarias, ya que si bien el art 12 del ET sí permite la realización de horas complementarias, con los matices que se prevén en el artículo citado, el convenio colectivo de aplicación lo prohíbe de forma expresa.

Precisamente por ello en este caso al quedar probado el exceso de jornada, sobre la jornada de 4 horas diarias en cada partido debe abonarse en la parte del salario fijo que perciben, y que la empresa como ya se ha expuesto lo viene realizando en relación a los trabajadores que no cierran las barras al inicio de la segunda parte del partido sino al final del mismo, y que la única diferencia, como se recoge en la sentencia de instancia, es cuantitativa, pues en los últimos casos que lo ha pagado el exceso sobre las cuatro horas diarias de partido afectaba a unos 10 trabajadores, y en el día 27-8-2009, el partido del Gamper, estuvieron afectados todos los trabajadores de la plantilla.

3. Para dilucidar la presente reclamación de diferencias por el abono del exceso de jornada solicitado, es necesario previamente determinar la jornada de los fijos discontinuos, y el que no esté pactada expresamente en contrato o pacto entre las partes, y no implica que la misma no pueda acreditarse, como es el caso que nos ocupa, por los propios actos de la empresa, cual es la cotización en la Seguridad Social, sin que eso implique la vulneración del art. 12 del ET en referencia a las horas extraordinarias y complementarias en los contratos de trabajo a tiempo parcial.

g) Plus de penosidad. Salud laboral. Nivel de ruido soportado

STSJ de La Rioja de 27 de septiembre de 2011 (recurso de suplicación 350/2011), IL J 1484/2011.

1. La parte actora, trabajador de la empresa demandada, con categoría profesional de Oficial 3.ª, percibiendo salario mensual según convenio, reclama 1.255,32 euros en concepto de plus de penosidad.

El puesto de trabajo de la parte actora registra un nivel de ruido diario equivalente superior a los 80 decibelios.

La sentencia dictada en la instancia estimó parcialmente la demanda.

La parte demandada, disconforme con la resolución del juzgado, interpuso recurso de suplicación.

2. El primero de los motivos de recurso se basa en la vulneración del criterio jurisprudencial mantenido por la Sala Cuarta del TS, referido a que la penosidad por ruido sólo puede considerarse existente cuando «el ruido que llega al oído» del trabajador supera los 80 decibelios de media. El criterio utilizado es, por tanto, el del «ruido percibido» y no la referencia locativa del ruido existente en el puesto de trabajo.

No obstante, la sentencia analizada señala que la doctrina expuesta no puede ser aplicable al caso enjuiciado puesto que, como se encarga de establecer el juzgador de instancia, no se han efectuado mediciones de ruidos en la empresa que, cumpliendo con los requisitos exigidos en la normativa de prevención, permitan afirmar un nivel de ruido distinto e inferior a aquel que se encarga de establecer la Inspección de Trabajo en sus informes.

No se ha acreditado que, utilizando los protectores auditivos proporcionados por la empresa, el nivel de ruido disminuya por debajo de los 80 decibelios.

La empresa, a pesar de haber sido requerida en innumerables ocasiones por parte de los representantes unitarios de los trabajadores de la empresa, se negó de forma absoluta-

mente injustificada a realizar mediciones de ruido de los distintos puesto de trabajo en los términos y con las exigencias legalmente requeridas, evitando poner a disposición de los trabajadores y de la autoridad laboral cualquier documento que justificara debidamente un nivel de ruido inferior al permitido.

Por tanto, las únicas mediciones válidas por su objetividad y fehaciencia son aquellas que sirven de base a la resolución judicial, que, como consta en la sentencia, son las únicas mediciones que se ajustan a las prescripciones legales.

3. El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en tres sentencias de 25 de noviembre de 2009 (recursos 556/09, 558/09 y 559/09) unificó doctrina señalando que la medida para calificar la penosidad no es la del ruido que se produzca en el puesto de trabajo, sino la del ruido que soporte el trabajador una vez que se le apliquen medidas protectoras.

h) Valor de la hora extraordinaria. Plus de transporte y vestuario. Pagas extras

STSJ de Castilla y León de 28 de septiembre de 2011 (recurso de suplicación 482/2011), IL J 1486/2011.

1. La demandante reclama 1.827,04 euros en concepto de retribución de las horas extraordinarias.

La discrepancia se centra, fundamentalmente, en determinar el valor de la hora ordinaria a los efectos de concretar el valor de la hora extraordinaria y, en concreto, si debe incluirse el plus de transporte y el plus de vestuario en el cómputo.

La sentencia de instancia desestimó la demanda.

La parte recurrente interpuso recurso de suplicación en base a la consideración de que los pluses de transporte y de vestuario tienen naturaleza salarial, ya que también se perciben junto con las pagas extras y, por tanto, deben computarse para determinar el valor de la hora ordinaria que sirve para concretar el valor de la hora extraordinaria.

2. El Tribunal resolvió el recurso indicando que el abono de una cantidad en cómputo anual como plus de transporte, que, además, se distribuye entre las doce mensualidades ordinarias del año, incluida la de vacaciones, y las pagas extraordinarias, puede llamar la atención, pero su finalidad es suplir los gastos de transporte del trabajador con ocasión de su prestación de servicios. Referencia que hace extensible al plus de vestuario.

En atención a la naturaleza extrasalarial del plus de transporte y del plus de vestuario, se desestima el recurso.

3. La sentencia comentada cita en su fundamentación jurídica el pronunciamiento del TS de 16 de abril de 2010 (rec. 70/2009) que, ante un supuesto similar, señala que «la condición jurídica de salario o de complemento extrasalarial no depende de la calificación que efectúe el convenio colectivo, sino que toda prestación económica que retribuye el trabajo del empleado debe ser salario puesto que el art. 26.1 constituye una norma de derecho necesario, siendo que el propio art. 26.2 del Estatuto de los Trabajadores excluye los conceptos que claramente tengan como causa la compensación de los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral...». No puede deducirse sin más y con el mero apoyo

de unos «indicios determinantes del carácter salarial» —que concretan en «su carácter regular, al devengarse de modo constante a lo largo de todo el año», «que se cobra en vacaciones anuales y... como cantidad fija en doce mensualidades»—, el carácter salarial de tales pluses, sino que, en su caso, lo que habrá de averiguar es cuál es la naturaleza real de los mismos, y ello dependerá, al margen de la denominación que las partes han dado en el convenio, de si los repetidos conceptos remuneran o no de forma efectiva el gasto de transporte o de mantenimiento del vestido del trabajador.

Concluye indicando que el debatido plus de Mantenimiento de Vestuario y el plus de Transporte, por tanto, no tienen naturaleza salarial, sino extrasalarial, pues su finalidad es claramente compensatoria de los gastos sufridos por los trabajadores para el desempeño de la actividad laboral.

i) Horas extraordinarias: Empresas de seguridad. Inclusión en el cálculo del valor de la hora ordinaria de trabajo, del importe de los complementos de puesto de trabajo de nocturnidad, escolta, peligrosidad y festividad, por cuanto que éstos no solamente gozan de naturaleza salarial, sino que también participan de un carácter ordinario en atención al puesto desempeñado y a la forma de desarrollar la actividad laboral de que se trate

SSTSJ de Madrid de 16 de septiembre de 2011 (recurso de suplicación 5894/2010), IL J 79/2012; **10 de noviembre de 2011** (recurso de suplicación 235/2011), IL J 17/2012; **30 de noviembre de 2011** (recurso de suplicación 2218/2011), IL J 105/2012.

1. Reclaman los demandantes, trabajadores de la empresa demandada, ciertas cantidades en concepto de retribución de las horas extraordinarias.

El objeto de controversia se centra en la correcta determinación del valor de la hora ordinaria que ha de servir para la retribución de las extraordinarias, debido a que difieren las partes en los conceptos que deben integrar el valor de la hora ordinaria.

Resulta de aplicación el Convenio Colectivo del sector de empresas de Seguridad (BOE 16 de junio de 2005) que, a finales de 2005, fue impugnado en relación a su art. 42, dictándose sentencia por la Audiencia Nacional el 6 de febrero de 2006 y, recurrida en casación, el TS, en Sentencia de 21 de febrero de 2007, declaró la nulidad del apartado 1.a) del citado precepto que fija el valor de las horas extraordinarias, determinando que no puede ser su valor en ningún caso inferior al de la hora ordinaria de trabajo, conforme se establece en los artículos 26 y 35.1 del ET.

2. Entiende el TSJ de Madrid que si se prestan servicios que superan la jornada convenida como ordinaria, el complemento salarial que retribuye esta mayor cantidad de trabajo pretende de forma exclusiva compensar económicamente el exceso de jornada.

Pero, si, además, las horas en cuestión se desarrollan en otras circunstancias concretas, esto conlleva el cobro del correspondiente complemento de puesto de trabajo.

No existe razón alguna para no incluir en el cálculo del precio unitario de la hora ordinaria el importe de los complementos de puesto de trabajo, concretamente los reclamados pluses de nocturnidad, escolta, peligrosidad por portar armas de fuego y festividad, por

cuanto éstos no solamente gozan de una innegable naturaleza salarial, sino que también participan de un incuestionable carácter ordinario en atención al puesto desempeñado y a la forma de desarrollar la actividad laboral de que se trate.

Aunque, matiza el Tribunal, esta fórmula de cálculo no puede incluir aquellos complementos salariales vinculados a una mayor cantidad de trabajo —por ejemplo, el de prolongación de jornada, o el que trae causa de un exceso de ésta, o sea, las horas extraordinarias—, ni los que respondan a una mayor calidad de trabajo —entre otros, los incentivos, primas, bonus y cualquier otra remuneración variable en función de la consecución de objetivos o rendimientos superiores a los establecidos como normales—, puesto que tales pluses no obedecen a una jornada ordinaria de trabajo, ni tampoco a una prestación laboral de servicios normal.

3. Señala el Tribunal Supremo en su reciente pronunciamiento de 1 de marzo de 2012 (rec. 4481/2010), en relación a la interpretación de las sentencias de 21 de febrero de 2007 y 10 de noviembre de 2009, que sirven de base a la fundamentación jurídica de la sentencia comentada, que «una cosa es que se diga con carácter general que en el cálculo de la hora ordinaria deban incluirse “todos” los complementos salariales para el abono como mínimo de esa cantidad para el pago de la hora extraordinaria y otra que «todas las horas extraordinarias, y algunas en concreto deban abonarse en todo caso con repercusión de todos los complementos, o, lo que es lo mismo, que lo que se dijo con carácter general para las “horas extraordinarias en general” no puede aplicarse a algunas horas extraordinarias “en particular”». Y de forma clara expresa que «el trabajador demandante tendría derecho a percibir como hora extraordinaria incrementada con el montante correspondiente a dicho complemento la trabajada en tales condiciones particulares (de noche, en festivo, etc.), pero no podría aceptarse que la reclamara como hora extraordinaria con dicha repercusión cuando no concurrieran las cualesquiera de tales circunstancias, puesto que en este caso no tendría derecho a percibir ese complemento ni siquiera como hora ordinaria».

j) No se computará como inasistencia al trabajo los días de descanso por maternidad para calcular el complemento de productividad

STSJ de Madrid de 17 de octubre de 2011 (recurso de suplicación 4696/2011), IL J 110/2012.

1. Las demandantes D.^a Victoria y D.^a Diana perciben, junto al salario fijo, un salario variable por productividad.

Resulta de aplicación el Convenio Colectivo del ICO, cuyo art. 38 regula el mencionado complemento salarial.

Entre los criterios interpretativos que sirven para valorar el cumplimiento obtenido que da derecho al cobro del complemento por productividad se encuentra el de «ausencias relevantes», considerándose tales a los efectos indicados las superiores a 30 días naturales.

Las actoras han disfrutado durante el año 2009 de 102 días de descanso por maternidad, habiéndose tenido en cuenta este periodo al calcular el complemento, recibiendo, por tanto, menor cantidad por tal concepto.

La sentencia de instancia, tras estimar la excepción de prescripción, invocada por la demandada, en relación a la reclamación presentada por D.^a Diana, desestimó el resto de las pretensiones planteadas, en base a que las ausencias constituyen sólo un dato más a ponderar a la hora de modular el grado de cumplimiento de los objetivos, sin que pueda concluirse que la ausencia al trabajo por el permiso de maternidad incida negativamente en el importe del bonus.

2. Las actoras interponen recurso de suplicación denunciando la infracción del art. 14 CE, en relación con los arts. 17 y 28 ET, y 3, 14, apartados 7 y 8, y 51.f) de la LO 3/2007, al considerar, en esencia, que se han visto perjudicadas en el percibo del complemento de productividad por haber disfrutado del descanso por maternidad, lo que consideran injusto, arbitrario y discriminatorio.

Señala el Tribunal que, habiendo quedado acreditado que las dos actoras han percibido en el ejercicio del 2009, durante el cual disfrutaron el permiso de maternidad, una cantidad en concepto de productividad inferior a la percibida en años anteriores y al promedio de lo percibido por el resto de compañeros, corresponde a la empresa desvirtuar los indicios de discriminación, aportando, conforme dispone el art. 179.2 LPL, «una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Concluye la fundamentación jurídica indicando que la empresa no ha justificado que la diferencia de cantidad percibida en concepto de productividad por las actoras no se deba al hecho de haber disfrutado éstas del descanso por maternidad. Y, no habiéndose desvirtuado, se entienden acreditados los indicios de discriminación hacia las actoras por haber disfrutado de sus permisos de maternidad y, por tanto, vulnerado el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo.

3. Los pilares de la argumentación jurídica de la sentencia comentada se extraen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, en relación a la extensión de la discriminación por razón de sexo, ha señalado en reiteradas ocasiones que «tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres» (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3, o 17/2003, de 30 de enero, FJ 3). «Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres» (SSTC 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 98/2003, de 2 de junio, FJ 4; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3 y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3).

«La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo» (STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4, EDJ 2005/139376).

«Por ello, partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, o motivados por la concurrencia de bajas laborales causadas por el embarazo, al afectar

exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación directa por razón de sexo pros- crita por el art. 14 CE» (STC 17/2007, de 12 de febrero, FJ 6).

k) Renfe operadora. Retribución variable. Situación de IT

STS de 7 de diciembre de 2011 (recurso de casación 219/2011), IL J 140/2012

1. El actor presta servicios para la empresa RENFE OPERADORA como mando inter- medio con la categoría de jefe de tren. Desde el 1 de enero de 2006 hasta el 15 de marzo de 2006 estuvo en situación de incapacidad temporal por enfermedad común.

La empresa ha aplicado un grado de cumplimiento de los objetivos a los maquinistas jefes de tren para el año 2006 del 112%, pero al demandante se le ha descontado el tiem- po que permaneció en situación de incapacidad temporal, aplicándosele el 89,29%. Esta circunstancia supone una diferencia de 2.214,43 euros en el importe de su retribución variable, que reclama.

La sentencia de instancia, de 14 de abril de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social de Sevilla, estima la demanda, en atención a que los criterios de determinación tienen un carácter colectivo y no puede tenerse en cuenta la incidencia de una circunstancia indivi- dual, como es la incapacidad temporal.

Presentado recurso de suplicación, la sentencia del TSJ de Andalucía (sede en Sevilla) lo estima, revocando la sentencia de instancia, al entender que durante el periodo de inca- pacidad temporal no se devenga la retribución controvertida.

2. El actor interpone recurso de casación para la unificación de doctrina en base a dos motivos. El primero, contradicción con la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 25 de junio de 2005, en la que se argumenta que no procede reducir el por- centaje aplicable a la retribución por cumplimiento de objetivos en función de los períodos de baja por incapacidad temporal. El segundo, infracción del artículo 45 del ET y Acuerdo 30 de septiembre de 2003 en relación a la cláusula 30 del XIV CC de la empresa, donde se fijaron los criterios de determinación de objetivos, estableciéndose que éstos tendrían carácter colectivo.

El Tribunal Supremo estima el recurso en base a sus dos sentencias previas, de 5 de octubre de 2010 (rec. 243/2009) y 10 de noviembre de 2010 (rec. 222/2009). En la funda- mentación jurídica de la última de las sentencias citadas se señala que estamos ante «un complemento salarial por resultados, cuyo devengo es propiamente colectivo, alcanzán- dose, mediante los esfuerzos mancomunados de todos los trabajadores de la empresa», y que «si se alcanzan los objetivos, deberán repartirse mancomunadamente entre todos los trabajadores,... sin que sea exigible ningún tipo de distinción en función de tiem- po de trabajo o de resultados concretos».

Y la misma sentencia sirve también para dar solución al segundo motivo de recurso, por cuanto indica que la exoneración de trabajar y remunerar cuando el contrato está en suspenso por incapacidad temporal «no implica ninguna prohibición de establecer deter- minadas remuneraciones pactadas colectivamente... cuya naturaleza de contraprestación económica en el marco de una relación laboral está fuera de toda duda, como lo está la re-

muneración de las vacaciones, pese a que, ni en uno ni en otro caso, se realiza la prestación laboral por el trabajador», de manera que no se entiende infringido el art. 45.2 ET.

3. El Tribunal Supremo sigue en la sentencia comentada la misma línea argumental que en sus dos sentencias previas, en las que también se resuelve la incidencia de la situación de incapacidad temporal de un trabajador a la hora de cobrar el complemento salarial por cumplimiento de objetivos, haciendo uso principalmente de la fundamentación jurídica del pronunciamiento de fecha 10 de noviembre de 2010.

En la otra sentencia citada, de 5 de octubre del mismo año, previa por tanto, la Sala resaltaba ya el carácter colectivo del complemento, indicando que «como quiera que, en el modo de determinar esa superior y extraordinaria productividad, son tenidos en cuenta, sin exclusión alguna, todos los trabajadores de la empresa, pues así lo establece con suficiente contundencia el precepto convencional cuando nos dice que “el ratio” o parámetro para calcular el índice de productividad viene determinado por la ecuación “ingresos comerciales/número de trabajadores”, obvio parece que también habrán de participar en el reparto de ese excepcional “plan de objetivos” quienes, aún con sus contratos suspendidos por imperativo del art. 45.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, fueron tomados en consideración para la determinación del grado o nivel de productividad que luego ha dado lugar a la suma a repartir».

B) Fondo de Garantía Salarial

a) Responsabilidad subsidiaria: procede. Títulos habilitantes legalmente exigidos: sentencia dictada en proceso por reclamación de cantidad

STS de 26 de diciembre de 2011 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1482/2011), IL J 157/2012.

1. La empresa demandada despidió al trabajador por causas disciplinarias por carta de fecha 31 de octubre de 2008, con efectos ese mismo día, reconociendo la improcedencia del despido y la indemnización correspondiente. La empresa indicaba en la carta de despido que dicha indemnización le sería abonada al trabajador a la mayor brevedad posible, en cuanto finalizara el proceso de obtención de liquidez en que se hallaba incurso. Como la empresa no abonó al trabajador la citada indemnización, el trabajador reclamó la cantidad judicialmente ante la empresa y el FOGASA. El Juzgado de lo Social número 32 de Barcelona estimó en parte la demanda interpuesta y condenó únicamente a la empresa demandada al pago de la cantidad adeudada absolviendo al FOGASA de las pretensiones contra él formuladas. Interpuesto Recurso de Suplicación, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña desestimó el recurso y confirmó el pronunciamiento de instancia. Contra la sentencia dictada en suplicación el trabajador formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina. Se cuestiona si la cobertura del FOGASA alcanza a una indemnización por despido reconocido como improcedente en la comunicación escrita del empleador y reclamada por el trabajador en vía judicial, pero no en procedimiento de despido sino en procedimiento ordinario de reclamación de cantidad.

2. El TS indica que la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia de contraste, Sentencia del TSJ de Cataluña de 5 de octubre de 2010, que recoge una amplia referen-

cia de las más recientes Sentencias de la Sala de lo Social del TS resolviendo supuestos de hecho sustancialmente coincidentes con el ahora planteado. Al respecto se señala que, en esencia, desde la STS de 4 de mayo de 2009 (rec. 2062/2008) se viene afirmando que en casos como el presente, en el que no hay controversia alguna sobre la improcedencia del despido, si el trabajador acepta la decisión adoptada por el empresario y comunicada por escrito con determinación y oferta de pago de la indemnización correspondiente, 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. Se indica que carece de sentido en estos casos reclamar una calificación del despido sobre la que no existe discrepancia y que, en su caso, 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. Extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas. Registradores de la Propiedad

STSJ de Andalucía de 15 de septiembre de 2011 (recurso de suplicación 141/2010), IL J 1472/2011.

1. El FOGASA interpone recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que desestimó su demanda en la que reclamaba a Doña J., Registradora de la Propiedad, el reembolso de la cantidad satisfecha a los trabajadores del Registro de la Propiedad, en concepto del 40% de la indemnización correspondiente a la extinción del contrato de trabajo por amortización de puesto de trabajo conforme al art. 52.c) ET, por causas productivas y organizativas, por considerar que los Registros de la Propiedad, aunque tengan menos de 25 trabajadores, no tiene la consideración de empresas a los efectos de las prestaciones de garantía que establece el art. 33.8 ET.

2. El TSJ de Andalucía, Sevilla, desestima el recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA y confirma el pronunciamiento de instancia. A tal efecto se señala que la relación entre los Registradores de la Propiedad y el personal a su servicio tiene carácter laboral y que, configurada como laboral la relación de los trabajadores con los Registradores de la Propiedad, cabe su extinción a través de la amortización del puesto de trabajo por las causas productivas y organizativas previstas en el art. 52.c) ET, de modo que el FOGASA

únicamente puede eximirse del pago de la indemnización correspondiente acreditando que la extinción objetiva del contrato de trabajo no se ajustó a los parámetros legales.

Finalmente se indica que, en el caso analizado, la reducción de plantilla acordada por la Registradora de la Propiedad, ante la significativa bajada de asientos en el Registro de la Propiedad, conlleva que se consideren justificados los despidos, como en principio hizo el FOGASA y, en consecuencia, adecuado el pago del importe del 40% de la indemnización por despido objetivo.

3. El dato clave sobre el que se desarrolla el recurso del FOGASA y el pronunciamiento de la Sentencia comentada se refiere a la posible consideración como laboral de la relación existente entre los Registradores de la Propiedad y el personal a su servicio. El resto de los pronunciamientos se refieren a cuestiones generales relacionadas con los artículos 33.8 y 52.c) ET.

c) Responsabilidad directa: no procede. Grupo de empresas: no se acreditan las causas económicas u organizativas que justifiquen la extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas

STSJ de Castilla y León de 14 de septiembre de 2011 (recurso de suplicación 955/2011), IL J 1469/2011.

1. Con fecha 16 de enero y 13 de diciembre de 2007, la empresa demandante, ALACRAN, S.L., entregó sendas cartas de despido por causas objetivas, con invocación de los arts. 52.c) y 53 ET, a los trabajadores Don S. y Don P., con fecha de efectos del despido los días 15-02-2007 y 20-01-2008 respectivamente, con abono de la cuantía correspondiente en concepto de indemnización. Por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Valladolid de 18 de mayo de 2007, a instancia de Don S., se declaró procedente la extinción por causas objetivas al considerar la existencia de pérdidas en la indicada empresa, resolución confirmada en suplicación.

El objeto social de ALACRAN, S.L., que se constituyó con fecha 23-03-1992, es el de comercio al por menor de aparatos musicales (de alta en el CNAE en alquiler de otra maquinaria y equipos, así como en producción de espectáculos y artes escénicas). El objeto social de la empresa SWING ELECTROSHOW, S.L., que se constituyó con fecha 21-05-1990, es el de prestación de servicios de sonorización, iluminación, infraestructura de espectáculos, etc. (de alta en el CNAE en alquiler de otra maquinaria y equipos); su domicilio social se ubica en la misma calle, el número de teléfono y de fax de ambas empresas coinciden, y su administrador único es Don E. En distintos períodos de tiempo, constan dados de alta en la Seguridad Social en las dos empresas indicadas al menos 17 trabajadores, 8 de ellos incluso con posterioridad al segundo de los despidos.

Como consecuencia de la demanda interpuesta por otros dos trabajadores también despedidos por causas objetivas de tipo económico por la empresa SWING ELECTROSHOW, S.L., se dicta Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Valladolid de 30 de mayo de 2007 que declara improcedentes los despidos. En la sentencia se señala que «la empresa no se encuentra en realidad ante una situación económica negativa que justifique la extinción del contrato con los dos trabajadores demandantes», pues aunque su contabi-

lidad recogía pérdidas globales, con posterioridad a las extinciones la empresa formalizó contratos de trabajo temporales cuyas jornadas superaban en el período correspondiente las que hubieran efectuado los trabajadores despedidos. La sentencia es confirmada en suplicación.

La empresa ALACRAN S.L. solicita el abono del 40% de las indemnizaciones abonadas a los trabajadores. El FOGASA desestima la solicitud sobre la base de que respecto del trabajador Don P. no resultan acreditadas las causas alegadas, y respecto del trabajador Don S. sobre la base de que la empresa forma parte de un grupo empresarial junto con SWING ELECTROSHOW, S.L. respecto del que no han quedado acreditadas causas económicas u organizativas que justifiquen la extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas. Don P. fue despedido con fecha de efectos 20-01-2008, aquietándose al despido objetivo y constando únicamente una conciliación en vía administrativa relativa a reclamación de cantidad en relación con el abono de la concreta indemnización reflejada en la carta de despido. Por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Valladolid de 20 de enero de 2011 se desestima la demanda formulada por la empresa.

La empresa interpone recurso de suplicación. Alega, en síntesis, que, al concurrir los dos requisitos exigidos por el art. 33.8 ET para que entre en juego la responsabilidad del FOGASA, la demanda debe estimarse sin mayores consideraciones y sin necesidad de entrar a conocer las causas alegadas por el FOGASA para denegar el pago de la prestación solicitada.

2. El TSJ de Castilla y León desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa y confirma el pronunciamiento de instancia. A tal efecto se señala, con respecto al trabajador Don P. y con cita de la STS de 16 de noviembre de 2004 (rec. 127/2004), que en aquellos supuestos en que la decisión extintiva del empresario no haya sido impugnada por el trabajador afectado, como sucede en este caso, ello no supone, en lo que respecta a la obligación prevista en el art. 33.8 ET, que el FOGASA quede ya inexorablemente obligado a su cumplimiento; al contrario, si el FOGASA llega a la convicción de que el cese no reúne los caracteres que definen al despido objetivo ni al despido colectivo, conforme lo dispuesto en los arts. 51 y 52.c) ET, el propio art. 33.8 ET le obliga a denegar el pago de la indemnización a que el mismo precepto se refiere.

Por otro lado, por lo que respecta a la cuestión del grupo de empresas, se señala, en síntesis, que la sentencia dictada en el proceso de despido objetivo declarado procedente no es vinculante ni produce efecto de cosa juzgada a los efectos pretendidos porque el FOGASA no fue parte en el mismo. A ello se añade que la consecuencia jurídica que se deduce de la existencia del grupo de empresas es que la situación económica desfavorable ha de ir referida al grupo y no a la empresa individual, y que no consta en el caso analizado la situación económica negativa del grupo configurado por las dos empresas citadas que permita considerar como justificadas las extinciones por causas objetivas de los contratos de los dos trabajadores cuya parte de indemnización se reclama por la empresa empleadora.

3. En la Sentencia comentada se cita la STS de 23 de enero de 2007 (rec. 641/2005), referida a la existencia del grupo de empresas y a la situación económica desfavorable referida al grupo y no a la empresa individual.

2. JORNADA

A) Jubilación parcial. Exigencia de cumplimiento de la totalidad de requisitos del relevista y relevado para el acceso a la prestación

STS de 6 de octubre de 2011, IL J 1436/2011.

1. Un trabajador solicita pensión de jubilación parcial que le es denegada al no concurrir la situación de desempleado en el relevista (había prestado servicios en la misma empresa durante los 24 meses anteriores a la jubilación parcial). Interpuesta demanda contra la resolución de la entidad gestora, es desestimada en primera instancia por el juzgado de lo social número 8 de Barcelona, y confirmada posteriormente por la Sentencia del STSJ de Barcelona de 15 de diciembre de 2008.

2. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ratifica el fallo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. No entra la Sala a valorar el fondo de la litis (si el relevista cumplía con el requisito de considerarse trabajador desempleado o no) por entender que la Sentencia de contraste escogida para este concreto motivo de impugnación no cumplía con las exigencias procesales.

Se centra, por tanto, en dilucidar si el derecho a la jubilación parcial es un derecho subjetivo del trabajador que pretende acceder a la jubilación parcial, y que operaría si el mismo cumple con los requisitos que legalmente se le exigen, con independencia de las posibles infracciones empresariales en relación a la exigencia de simultánea contratación de un trabajador relevista en los términos legalmente exigidos.

Concluye la Sala de lo Social negativamente. Arguye que la pensión de jubilación anticipada se enmarca dentro de una regulación compleja en la que intervienen el relevista, la empresa y el trabajador relevado.

Para la Sala, la figura del relevista constituye un elemento constitutivo de la propia existencia de ese derecho complejo a la jubilación, que se enmarca en una finalidad normativa de que, por un lado, se acceda de forma paulatina a la jubilación, y por otro, que contribuya ese esfuerzo del sistema, que permite la jubilación de quien no tiene aún los requisitos para jubilarse en los términos comunes previstos en la propia LGSS, a la creación de empleo o a paliar en la empresa la situación de temporalidad de alguno de sus trabajadores.

Para la Sala la solicitud de que se formule ante la entidad gestora para el acceso a la jubilación requiere que se complete con todos los pasos y requisitos para su concesión, y si alguno de ellos no concurre, no cabe entender que exista un derecho subjetivo de quien pretenda esta modalidad de jubilación, aunque se trate de conducta de tercero, como es el caso de la empresa que compete irregularidades en la contratación del relevista.

3. La denegación del derecho a la jubilación parcial no priva al trabajador de la acción que le pueda corresponder frente a la empresa demandada por los perjuicios que su actuación en la irregular contratación del relevista le haya podido irrogar.

B) Jubilación parcial. Obligación de mantener el contrato del relevista, aun en supuesto de cese procedente del relevado, hasta la finalización del contrato

STS de 29 de noviembre de 2011, IL J 65/2012.

1. Una empresa cooperativa suscribió contrato a tiempo parcial de relevo hasta el cumplimiento de los 65 años de edad del trabajador, lo que acaecía en fecha 4 de septiembre de 2010. Simultáneamente, suscribió un contrato de relevo con trabajador relevista.

Tras varias sustituciones del relevista (bajas voluntarias, despidos procedentes), en los que se produce la sustitución en el término de un mes, el trabajador relevado es objeto de un despido disciplinario no impugnado en fecha 20 de abril de 2009. El 30 de abril de 2009 el relevista también es objeto de un despido improcedente.

La empresa recurrente no sustituye en esta última ocasión al relevista, entendiéndose que el cese del trabajador relevado conlleva el final de la situación de jubilación parcial, lo que hace desaparecer la exigencia legal de la empresa de cubrir el puesto del relevista.

La entidad gestora reclama a la empresa el importe de la prestación de jubilación parcial abonado al relevado a partir de la fecha de no sustitución del relevista. Impugnada la resolución ante la jurisdicción social la misma fue estimada en primera instancia mediante Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Guipúzcoa. Recurrída por la entidad gestora, la misma fue confirmada por la STSJ del País Vasco.

2. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por la entidad gestora.

3. Interpreta la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1131/2002, entendiéndose que el mismo exige en caso de la exclusión del relevado del ámbito de la empresa, con independencia de la causa del cese, la sustitución por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviera concertado con la empresa un contrato de duración determinada.

C) Modificación de las condiciones laborales. Reducción de jornada de profesores de religión. No supone modificación sustancial de las condiciones de trabajo

SSTS de 16 de diciembre de 2011 y 20 de diciembre de 2011, IL J 145/2012 e IL J 150/2012.

1. Las dos Sentencias referenciadas partes 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 Andalucía.

2. Interpuesto recurso por la Consejería de Educación de Andalucía, este 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.

3. 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. PACTO DE NO COMPETENCIA

A) Competencia desleal. Transgresión de la buena fe contractual.

La empresa no tiene conocimiento ni ha prestado consentimiento para la actividad del trabajador

STSJ de Castilla y León de 6 de septiembre de 2011 (recurso de suplicación 452/2011), IL J 1461/11.

1. El trabajador ha venido prestando servicios para la empresa demandada con la categoría profesional de ayudante de camarero desde 1997. En 2007 constituye, junto con otros dos socios, la sociedad civil Mohallem Abdesselam, S.C., siendo su participación del 50%. Esta sociedad desarrolla la actividad económica de bar y restaurante en el local denominado «Bar Víctor», que está situado a pocos metros del establecimiento que regenta la empresa demandada, dedicada a la misma actividad, percibiendo el actor beneficios por la actividad económica que desarrolla la citada sociedad, cumpliendo con sus correspondientes obligaciones fiscales. En diciembre de 2009, la empresa notifica carta de despido al actor, impugnada ante el Juzgado de lo Social y en situación de archivo provisional. En enero de 2010, el actor presenta demanda contra la empresa en solicitud de extinción de la relación laboral por haber existido varios despidos y readmisiones por la empresa demandada. Por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Burgos se dictó sentencia en mayo de 2011 desestimando la demanda sobre despido, a la que se acumuló la de extinción del contrato a instancia del trabajador. Contra la citada sentencia se interpone recurso de suplicación por parte del trabajador.

2. El Tribunal considera que «El Estatuto de los Trabajadores no tipifica expresamente la infracción del deber de no competencia desleal entre las causas específicas de despido. Sin embargo, no por ello queda condicionado el ejercicio del poder disciplinario, porque si un comportamiento concreto reúne las notas que lo califican como competencia desleal, se está incumpliendo un deber laboral que, dado su carácter básico y sustantivo en la relación de trabajo, encaja, sin duda, en el tipo más general relativo a la transgresión de la buena fe contractual. En este sentido, la no concurrencia es un deber básico del trabajador que opera en forma de prohibición legal, esto es, no precisa de cláusula contractual o norma convencional que impida al trabajador concurrir con la empresa, limitando la prohibición a la concurrencia desleal». Entre los comportamientos y actividades que suponen concurrencia desleal se encuentra el de «constituir sociedades que compitan con aquella para la cual el trabajador viene prestando sus servicios». Y en el caso concreto que se enjuicia se observan las circunstancias propias de la concurrencia desleal. A saber, «1) se aprecia un elemento intencional en la conducta del trabajador, que constituye y dirige una empresa siendo su participación en la misma del 50% lo que implica una gran capacidad de decisión y dirección en la misma; 2) la sociedad de la que es cotitular desarrolla la actividad económica de bar-restaurante, actividad que es coincidente con la empresa en la que el actor presta sus servicios; 3) la sociedad constituida por el actor explota un establecimiento denominado Bar Víctor que está situado a pocos metros del establecimiento que regenta la empresa donde el actor viene prestando sus servicios como auxiliar de camarero, no constando que la empleadora hubiera sido informada por el actor de haber constituido la citada sociedad; 4) el actor percibe beneficios por la actividad económica que desarrolla la sociedad por él constituida. Es incuestionable que nos encontramos ante el mismo sector, mismo mercado y círculo de clientes similar, pudiendo claramente desviar clientela».

3. Una de las definiciones aportadas por el Tribunal Supremo de la competencia desleal es la de «aquella actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado por parte del trabajador que entra en competencia económica con el empresario por incidir en un mismo ámbito del mercado en el que se disputa un mismo potencial de clientes» (STS de 8 de marzo de 1991). Parece evidente que el supuesto de hecho que se enjuicia cumple plenamente con esta descripción al tratarse de un negocio próximo sobre idéntica actividad del que percibe beneficio económico el actor. La crítica, sin embargo, debe surgir de la relación directa que se plantea entre la transgresión de la buena fe contractual y la competencia desleal. Ciertamente, el art. 5.d) LET establece como uno de los deberes básicos del trabajador el de «no concurrir en la actividad de la empresa en los términos fijados en esta ley», esto es, en los términos previstos por el art. 21.1 LET, por el que se prohíbe «la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal». Para ello se requiere que se trate de una actividad del trabajador encaminada a realizar tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que se está ejecutando en virtud del contrato de trabajo, sin consentimiento de su empresario y siempre que se le cause un perjuicio real o potencial. Pero no siempre existe una relación directa entre la transgresión de la buena fe contractual y la competencia desleal, toda vez que esta última tiene su propia entidad jurídica porque así lo ha querido el legislador. En este caso, no acepta duda alguna pero sí en otros. Aquí, tal y como manifestó el Tribunal Supremo en su día, «supone un caso de concurrencia desleal, pues el actor fundó una sociedad, con similar actividad que la demandada, con el mismo domicilio que la sucursal

donde prestaba sus servicios, sin consentimiento del empresario, con los consiguientes perjuicios económicos para éste, aunque sean potenciales, requisitos éstos necesarios para la existencia de aquélla, con todo lo cual se ha transgredido la buena fe contractual y el abuso de confianza que debe presidir las relaciones contractuales, causa del despido, dado la gravedad y culpabilidad que entraña dicha conducta» (STS de 28 de mayo de 1990).

B) Competencia desleal. Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del cargo. Captación de clientes para despacho de abogados propio

STSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2011 (recurso de suplicación 5617/2011), IL J 107/2012

1. El actor desempeñó la actividad de abogado en el despacho profesional demandado desde julio de 1989. Desde su incorporación hasta su cese, el actor tuvo una evolución profesional favorable, llegando a formar parte del equipo directivo del despacho y, en tal condición, miembro del *executive committee* a partir de 1991. El actor es además socio, junto con otras nueve personas, dos de las cuales lo eran también del despacho demandado, de otro despacho conocido como «Nicea Abogados». El actor nunca estuvo de alta en Seguridad Social por cuenta del despacho demandado, habiendo percibido siempre sus emolumentos por el concepto de «honorarios», mediante la presentación de 12 facturas mensuales por el mismo importe y dos facturas anuales (en junio y diciembre) por importes significativamente más elevados. En febrero de 2011, el actor recibe una carta por la que se le excluye de la Firma como socio de cuota del despacho. Este último alega haber tenido conocimiento en diciembre de 2010 de una doble maniobra desleal por parte del actor. Por un lado, dirigida a la constitución de un despacho de abogados paralelo a la Firma, que una vez en funcionamiento supondría competencia directa de la misma. Por otro, se trataría de negociar o convenir a espaldas de la misma, con su socio internacional, un despacho de abogados inglés, la formación de dicho despacho paralelo, que giraría bajo otra denominación y llevaría aparejada la expulsión de la Firma de la alianza internacional de despachos de abogados en la que opera en la actualidad y cuyo miembro exclusivo en España es la Firma que le contrató y que ahora le expulsa. El Plan de Negocios de su nuevo despacho y la presentación del proyecto de su despacho paralelo fue enviado desde el correo electrónico que este socio tenía asignado en el despacho demandado. El Juzgado de lo Social núm. 6 de Madrid resolvió la pretensión del actor declarando la competencia del orden social, considerando la relación laboral común del mismo y calificando el despido como procedente al apreciar transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño de su cargo.

2. El Tribunal no acepta la excepción de incompetencia de jurisdicción por considerar que, aun cuando existe una corriente jurisprudencial que tiende a considerar irregulares las sociedades civiles en las que el consentimiento no se ha formalizado con cierta fijeza, «el hecho de que no se observe la forma, no priva a la sociedad de efectos frente a terceros». Por lo demás, la nota esencial que califica el vínculo como laboral viene determinada por el sometimiento. «Si existe sometimiento organizativo en un examen individualizado del contenido real de las prestaciones concertadas... y sometimiento dinerario», entonces no

cabe sino admitir la laboralidad del vínculo. «Sin que pueda traerse a colación su encuadramiento en la relación laboral especial de abogados regulada en el RD 1331/06, 17 nov., porque dicha relación debió ser constituida en su día al amparo del mismo y además según el art. 7 del citado RD, formalizado por escrito, formalización por escrito que determina tanto el tiempo de trabajo, como los derechos y deberes derivados del mismo y las vicisitudes de la relación incluido el régimen disciplinario». Por lo que respecta a la alegación de vulneración de un derecho fundamental efectuada por el actor al invadir la empresa su derecho a la intimidad conociendo el uso informático de su correo electrónico, el Tribunal rechaza tal argumento. Ha quedado probado y no contradicho «que en la intranet del Despacho existía, al menos desde noviembre de 2010, una normativa que contenía medidas para un buen uso de los recursos informáticos y que se avisaba a los usuarios del correo electrónico que el Despacho se reservaba la facultad de chequear los mismos, lo cual se corresponde con la facultad de dirección y control de la actividad laboral que por el art. 20.3 LET se le atribuye al empresario, aunque ese control deba respetar la consideración debida a la dignidad del trabajador». De los hechos se desprende que, en el caso que nos ocupa, «la medida es idónea para la finalidad pretendida por la empresa, necesaria y equilibrada al menos en parámetros constitucionales, por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal».

3. En el supuesto que nos ocupa se plantean tres cuestiones de interés. En primer lugar, la existencia o no de una relación laboral entre el abogado demandante y la Firma para la que prestaba sus servicios en calidad de socio. Como es sabido, la calificación de la relación por las partes en un vínculo en el que, como en el presente, no existe formalización escrita del mismo, queda relegada a la realidad de los hechos en los que si se demuestra que existe voluntariedad, remuneración, ajenidad y dependencia, procede considerar como laboral dicha relación. Por lo que se refiere a la existencia de una competencia desleal, y en segundo término, en supuestos como el que se analiza en el que suele existir un interés particular por la empresa para preservar la cartera de clientes y la confidencialidad en los asuntos en que interviene el trabajador, lo normal será pactar cláusulas de no competencia, de permanencia en la empresa o de no concurrencia. No es el caso. De ahí que en este caso, como quiera que no se trata de lo dispuesto en el art. 21.1 LET, esto es, la necesidad de no prestar actividad para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte plena dedicación, ni tampoco de lo previsto en el art. 21.2 LET en relación al pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, la conducta se analice en el entorno del incumplimiento contractual, eligiendo como causa la transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo que justificaría, si se demuestra la gravedad y culpabilidad del comportamiento del trabajador, su despido disciplinario *ex* art. 54.2.d) LET. El hecho de que haya resultado probada la existencia de un Plan de Negocios en el nuevo despacho creado por el actor contrario a los intereses de la Firma para la que trabaja directa y no potencialmente justifica el despido del mismo.

Pero, en tercer lugar, cabría considerar si la vulneración por la empresa de un derecho fundamental como es el de privacidad del trabajador, garantizado también en el centro de trabajo, alteraría la calificación del despido y pasaría de resultar procedente a nulo, con la consiguiente readmisión del trabajador. El fácil acceso que tienen las empresas a tecnologías potencialmente capaces de facilitar una intromisión, junto con unas circunstancias

económicas y sociales que habitualmente provocan una enorme desigualdad en la fuerza negocial, comporta que algunos empresarios se sitúen en una posición que les permite limitar las libertades de los individuos que trabajan para él de un modo similar al que podría resultar de un ejercicio ilimitado de las potestades públicas. Algunos sistemas legales enfatizan la libertad de las partes para acordar lo que consideren garantizando unos standards mínimos de protección muy limitada. Otros, como el nuestro y en general en Europa, optan por considerar que los trabajadores no deben perder sus derechos como ciudadanos cuando entran en la empresa. Como señalara la STC 88/1985, «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano... Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa... legitima el que quienes presten servicios en aquélla por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deben soportar despojos transitorios o ilimitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones del feudalismo industrial repugnan al Estado social y democrático de derecho». Sin embargo, la posibilidad de efectuar registros en los terminales de los ordenadores se justifica en la potestad que el art. 18 LET concede al empresario cuando resulte necesario para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, garantizando, en todo caso, la dignidad e intimidad del trabajador. En el supuesto que nos ocupa se han cumplido todas las cautelas necesarias por parte de la empresa, toda vez que existía una guía en la intranet del despacho que alertaba a los trabajadores del uso debido del ordenador para fines particulares.

4. SISTEMA DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Ascensos en el ámbito del profesorado en comisión de servicios de las Escuelas Europeas

STJ de la Unión Europea de 2 de febrero de 2012 (cuestión prejudicial C-505/09), IL J 23/2012.

La Sentencia TJUE de 2 de febrero de 2012, IL J 23/2012, asunto C-505/09 conoce de un recurso planteado por la Comisión Europea contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. La Comisión solicita que el artículo 12, punto 4, letra a), del Convenio por el que se establece el Estatuto de las Escuelas Europeas debe interpretarse y aplicarse de modo que garantice que los profesores enviados por un Estado miembro en comisión de servicios accedan, durante su período de comisión de servicios, al ascenso profesional y a la progresión salarial en las mismas condiciones que los profesores destinados en el territorio de ese Estado miembro, y que la exclusión de determinados profesores enviados en comisión de servicios por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, durante ese período de comisión de servicios, del acceso a categorías salariales más ventajosas (en particular las denominadas «threshold pay», «excellent teacher system» o «advanced skills teachers») y a otros pagos adicionales (como los «teaching and learning responsibility payments»), y de la progresión en la categoría salarial existente, como disfrutaban los profesores empleados en las escuelas públicas inglesas y galesas, es incompatible con los artículos 12, punto 4, letra a), y 25, punto 1, del Convenio.

La materia directamente abordada se limita a un sector muy específico de actividad. Y, por el contrario, no parece limitada a una relación laboral de servicios. Sin embargo, los razonamientos del TJUE presentan un alcance que parece extrapolable a una generalidad de sectores y predicable de un contrato de trabajo.

El régimen jurídico de las Escuelas Europeas se regula mediante Convenio por el que se establece el Estatuto de las Escuelas Europeas de 21 de junio de 1994 (DO L 212, p. 3), que entró en vigor el 1 de octubre de 2002. Existe además un Estatuto del personal [en comisión de servicios] de las Escuelas Europeas. En concreto, y en relación con el objeto del litigio, la Sentencia expone que en la zona demarcada por Inglaterra y Gales existen centros escolares subvencionados («maintained schools»), que emplean a la mayoría de los profesores y cuya retribución y condiciones de trabajo se fijan mediante orden del ministro competente, a saber, en el documento relativo al estatuto y a la retribución de los profesores de los colegios («School Teachers Pay and Conditions Document»; en lo sucesivo, «STPCD»). Este instrumento es de aplicación *obligatoria en dichos centros y facultativa en otros* tipos de centros, como por ejemplo las escuelas públicas independientes y polivalentes sostenidas por patrocinadores («academies»), los colegios privados, la Escuela Europea de Culham o los centros gestionados por Gobiernos extranjeros.

El STPCD de 2009 establece una escala salarial de seis tramos, en los cuales el ascenso es fundamentalmente debido al año de servicios cumplidos. Salvo supuestos excepcionales de resultados insatisfactorios, el ascenso en dicha escala es automático. No obstante, los profesores ingleses y galeses pueden, una vez que han llegado al último tramo de la escala salarial de base, presentar su candidatura para traspasar el umbral y ascender a una escala salarial superior («post-threshold pay scale»). En la misma el ascenso no es automático sino que depende de las conclusiones de las reuniones de evaluación anuales. Los centros subvencionados podrán crear puestos para profesores excelentes («excellent teachers»), accediendo primero a aquella escala de post-threshold, y para profesores con aptitudes sobresalientes («advanced skills teachers») sin necesidad de ello, a los que se aplican escalas salariales diferentes, así como puestos que dan derecho a primas por responsabilidades de enseñanza y de formación («teaching and learning responsibility payments») por una responsabilidad adicional de enseñanza. Un mismo profesor no podrá ocupar varios de estos puestos simultáneamente.

A los profesores ingleses y galeses enviados a escuelas europeas no se les aplica directamente el STPCD. No obstante lo cual, los salarios nacionales abonados mensualmente a los profesores en comisión de servicios se deben fijar con arreglo a las escalas salariales establecidas en el STPCD, y estos profesores percibirán los incrementos salariales anuales negociados a nivel nacional, aplicables en virtud del STPCD. Se indica asimismo que no se abonará ningún otro complemento del salario nacional y que un profesor en comisión de servicios no podrá, durante su destino en las Escuelas Europeas, solicitar acogerse a una escala salarial superior ni beneficiarse de una prima adicional o de un estatuto adicional previstos en el STPCD.

El TJUE declara que el artículo 12, punto 4, letra a), última frase, del Convenio por el que se establece el Estatuto de las Escuelas Europeas de 21 de junio de 1994, debe interpretarse en el sentido de que obliga a los Estados miembros partes de dicho Convenio a velar por que los profesores en comisión de servicios o destinados en las Escuelas Europeas go-

cen, durante su comisión de servicios o su destino, de los mismos derechos de progresión en su carrera y de jubilación que los que se aplican a sus homólogos nacionales en virtud de la normativa de su Estado miembro de origen.

Manifiesta concretamente que el artículo 12, punto 4, letra a), del Convenio establece, entre otras cosas, que los profesores en comisión de servicio conservarán los derechos de ascenso y de jubilación que les garanticen sus normativas nacionales, sin especificar quién debe garantizar dicha conservación. Pero «resulta evidente que dichos derechos no podrían conservarse si los Estados miembros partes del Convenio tuvieran libertad para configurar sus normativas nacionales y las disposiciones que regulan el destino o la comisión de servicios de sus profesores en una Escuela Europea de un modo que privara a éstos, durante el destino o la comisión de servicios, de tales derechos». En consecuencia, contrariamente a lo que sostiene el Reino Unido, dicha disposición debe interpretarse en el sentido de que obliga también a los Estados miembros partes del Convenio a garantizar que los profesores conserven durante el período de destino o de comisión de servicios en la Escuela Europea los derechos de ascenso y de jubilación que garantizan sus normativas nacionales.

Manifiesta el Tribunal que «una obligación de ese tipo no resulta incompatible con el artículo 165 TFUE. Por una parte, la limitación de las competencias de la Unión Europea en materia de educación prevista en dicho artículo no afecta al Convenio dado que éste no es un acto derivado adoptado por los órganos de la Unión, sino un instrumento de Derecho internacional concluido entre los Estados miembros y las Comunidades Europeas».

Declara igualmente el TJUE que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha aplicado de modo incorrecto los artículos 12, punto 4, letra a), y 25, punto 1, del Convenio, al excluir a los profesores ingleses y galeses destinados o enviados en comisión de servicios a las Escuelas Europeas, durante su período de destino o de comisión de servicios, del acceso a escalas salariales más ventajosas, en particular las denominadas «threshold pay», «excellent teacher system» o «advanced skills teachers», y del acceso a otros pagos adicionales, como los «teaching and learning responsibility payments», previstos por el «School Teachers Pay and Conditions Document».

Por otra parte, la protección que concede dicha disposición a los profesores destinados o en comisión de servicios en las Escuelas Europeas no puede diferir en función de su lugar de origen, y que dichos términos requieren, en consecuencia, una interpretación autónoma. Es decir, «dicha interpretación debe en particular permitir que se alcance efectivamente el objetivo perseguido por la mencionada disposición y por tanto garantizar que los profesores no sufran, debido a su destino o comisión de servicios en una Escuela Europea, desventajas en materia de ascensos y de jubilación». En relación con el término «ascenso», lo que presenta una singular importancia a nuestros efectos, «el mismo se refiere no sólo al acceso de un profesor a puestos de rango superior en la jerarquía de un centro escolar que llevan aparejadas mayores responsabilidades, como el de director del centro, sino también a cualquier progresión en la carrera. Por lo tanto, implica asimismo el acceso a grados en el seno de una misma carrera que llevan consigo la aplicación de una remuneración más ventajosa, sin suponer el reconocimiento de un título distinto ni de responsabilidades adicionales». Y tampoco se puede limitar la interpretación únicamente a las situaciones en las que la normativa nacional establece una promoción automática vinculada a la antigüedad.

5. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Movilidad horizontal: limitaciones

STSJ de Madrid de 28 de septiembre de 2011 (recurso de suplicación 1004/2011), IL J 1487/2011.

La STSJ de Madrid núm. 600/2011, de 28 de septiembre, IL J 1487/2011 (rec. 1004/2011), despliega su fundamentación jurídica en la compleja línea relativa a los límites de la movilidad interna. Línea igualmente abordada con anterioridad, entre otras, en las SSTSJ Galicia núm. 2720/2011, de 19 de mayo, IL J 1184 (rec. núm. 4944/2010), Cataluña, de 10 de junio de 2003, IL J 1121 (rec. 6346/2002) y en la STS (u.d.) de 31 de octubre de 2005, IL J 2117 (rec. núm. 188/2004).

En concreto, lo hace en relación con la movilidad funcional de un trabajador con categoría profesional de Director desde el puesto de Director Comercial SME, teniendo a sus órdenes a un total de 16 personas, hacia el puesto de Director de Desarrollo de Negocio, de idéntica clasificación profesional, si bien con diferentes funciones y sin personal a su cargo. Movilidad que, estima la Sala, no conlleva una modificación sustancial de condiciones de trabajo ni infringe los límites propios de esta institución reflejados en el art. 39 ET.

Entre otras razones, argumentadas por la Sala, destacar las siguientes.

En primer lugar, no se vulnera la profesionalidad del trabajador, atendiendo a la jurisprudencia reflejada en la STS de 3 de diciembre de 1990, pues aquella se relaciona «con el derecho reconocido a los trabajadores por el artículo 35 CE, a sus posibilidades de promoción generales y dentro de la empresa», siendo preciso para ello lo siguiente: «las modificaciones deben impedir adquirir conocimientos específicos de su profesión, quedando afectada desde el momento en que no se le encomienda función alguna o no se le permite desarrollar tareas propias de su categoría profesional o equivalentes a estas». Sin embargo el trabajador realiza funciones propias de idéntico encuadramiento profesional y su nuevo puesto de trabajo tiene contenido real.

Tampoco se atenta contra la dignidad del trabajador equivalente «al respeto que merece ante sus compañeros de trabajo y ante sus jefes, como persona y como profesional, no pudiéndosele situar en una posición en que se provoque un menoscabo innecesario o creando en los demás una impresión de caída en desgracia, combinada con el hecho de la degradación efectiva». Se sustenta la Sala para ello en que, al tenor de la doctrina de las SSTS de 9 de febrero y 8 de noviembre de 1991, «no son vejatorias aquellas condiciones de trabajo que, aunque depresivas, no se individualizan en el caso de un trabajador, sino que son compartidas por todos los que integran la plantilla o la mera disminución en la autonomía funcional del trabajador». El actor participa además en todas las sesiones de los órganos de dirección y ejerce sus nuevas funciones con normalidad, careciendo de personal a su cargo el puesto asignado por las características de su nuevo puesto de trabajo idóneas atendiendo a su situación personal.

Preciso es tener en cuenta, a este último respecto, que al actor se le reconoció una reducción de jornada para conciliar su vida profesional con el cuidado de su hijo menor, que en la práctica fue incluso más allá de ésta, que la Sala considera incompatible con el

desenvolvimiento de las tradicionales funciones directivas, como queda acreditado por las exigencias de viajes y comidas de trabajo a lo largo del desenvolvimiento previo de sus tareas.

No hay, en definitiva, «perjuicio a su formación profesional ni menoscabo de su dignidad porque ha mantenido su categoría profesional de director, su salario fijo y variable, su despacho, su vehículo de empresa, su participación en el comité de dirección».

Por último, la Sala estima justificada la decisión empresarial en razones organizativas pues la decisión vino precedida por la celebración de un comité de dirección y la dirección general solicita a los distintos directores un listado de nombres de cada departamento a fin de llevar a cabo una reestructuración de la empresa que implicaría algún despido, que supuso la existencia de un único Director Comercial SME aunando las anteriores áreas de grandes empresas, por un lado, y pequeñas y medianas por otro, y por la incompatibilidad de la reducción de jornada solicitada con el desempeño del puesto de trabajo de director comercial SME que, de acuerdo con el relato fáctico, le exigía plena dedicación y requería su presencia en el trabajo durante la mayor parte del día.

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

A) Conflicto Colectivo. Reducción salarial de empresa pública

STSJ de Galicia de 30 de septiembre del 2011 (recurso de suplicación 2604/2011), IL J 1489/2011.

1. En fecha 24 de mayo de 2010 se publico en el BOE el RDL 8/2010, de 24 de mayo, sobre medidas extraordinarias de reducción del déficit público. Por el CONSORCIO PARA LA PROMOCIÓN DE LA MÚSICA, organismo creado por el Ayuntamiento de A Coruña, el día 23 de junio de 2010 la empresa demandada envía al centro de trabajo una nota informativa, que se coloca en el tablón de anuncios ese mismo día, en relación con la reducción de las retribuciones de la plantilla en un porcentaje del 5%, lo que se hace efectivo en la nómina de ese mes (junio de 2010), reducción que se mantiene en las siguientes mensualidades.

2. La Sala de lo Social del TSJ examina el recurso frente a la sentencia del juzgado de lo social que estimó la pretensión y señala como punto de arranque una interpretación que debe darse a la normativa de aplicación, conforme a las reglas interpretativas de las normas previstas en el artículo 3 del Código Civil. Es por tal que la norma a aplicar en materia de retribuciones a los trabajadores demandantes la constituye la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, según la redacción dada por el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, dando una nueva redacción entre otros extremos al apartado Dos del art. 22 de la Ley de Presupuestos. De la interpretación literal del citado precepto se desprende claramente que, en el caso del personal laboral de las Administraciones Públicas, la minoración que ha de aplicarse es del 5% de las cuantías de cada uno de los conceptos retributivos que integran la nómina y que les corresponda

percibir según los convenios colectivos. Y esta fue la decisión adoptada por el Consorcio Municipal demandado, que tiene su amparo legal en el citado Real Decreto-ley 8/2010, cuya legalidad no se cuestiona, que además establece otros criterios de minoración en las retribuciones para los demás empleados públicos. Y es que la reducción operada por la Administración demandada lo fue por aplicación de la normativa citada y sin que pueda observarse vulneración de lo dispuesto en la normativa laboral de condiciones de trabajo, ni en la relativa a negociación colectiva, por cuanto la normativa extraordinaria aprobada deja abierta a la negociación colectiva solamente la distribución definitiva de la reducción salarial, con carácter preceptivo, pero no la reducción misma, sin que, de la interpretación de dicha normativa, dicha reducción salarial pueda considerarse en ningún caso una modificación de las condiciones laborales prevista en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto dicha normativa nada dice respecto al personal laboral de las Administraciones Públicas, a diferencia del personal al servicio de las entidades mercantiles de capital público, ya que conforme a la dicción literal del precepto aplicable a aquel personal, tan solo queda abierta a la negociación colectiva la distribución de la reducción salarial.

3. La Sala deja claro que la reducción operada por el RDL 8/2010, de 24 de mayo, que supuso la reducción salarial del personal laboral de las administraciones públicas, no supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo, ni modificación de lo contenido en la negociación colectiva.

**B) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.
Inexistencia. Acuerdo en Convenio Colectivo**

STS de 8 de noviembre de 2011 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3865/2010), IL J 1449/2011.

1. Por la empresa, cuyo Convenio de aplicación es el Colectivo Estatal del Sector de Contact Center, se notifico a los trabajadores que, a partir de la fecha que señala, comenzarían a trabajar en la campaña de Sogecable-Legal (3.^a planta) en la Avda. de la Industria núm. 49, Alcobendas. Su horario será de 15 a 23 horas. Se mantiene la antigüedad, categoría y las vacaciones aprobadas y publicadas. La regulación de los festivos será la misma que tenía hasta ahora mientras no se firme un acuerdo diferente con la RTL. Hasta dicha comunicación los demandantes prestaban servicios en la campaña que Koneccta BTO desarrolla para la empresa Vodafone en el edificio de c/ Teide núm. 5 de San Sebastián de los Reyes en jornada de 39 horas semanales de lunes a viernes, con libranza los días 25 de diciembre, así como días 1 y 6 de enero, y con prestación voluntaria en festivos nacionales, autonómicos y locales, además percibían el plus de nocturnidad.

2. El TS, en RCU, examina si el cambio de horario (una hora antes entrada y salida una hora antes) como consecuencia de una nueva campaña supone una modificación sustancial como así lo sostuvo la Sala de lo Social. Para tal análisis parte de la interpretación del art. 27 del Convenio Colectivo, el cual dispone que «Los trabajadores estarán obligatoriamente adscritos a uno de los turnos de mañana, tarde, partido o noche. Se fijan como bandas horarias para cada turno las siguientes: Turno de mañana: no podrá comenzar antes de las 7,00 horas ni terminar después de las 16,00 horas. Turno de tarde: no podrá comenzar antes de

las 15,00 horas, ni terminar después de las 24,00 horas. Turno de noche: no podrá comenzar antes de las 22,00 horas, ni terminar después de las 8,00 horas. Turno partido: no podrá comenzar antes de las 9,00 horas, ni terminar después de las 20,00 horas; en este turno no podrá mediar entre el final de la primera parte y el principio de la segunda más de dos horas, sin perjuicio de acuerdo, individual o colectivo entre empresa y trabajadores. Se recomienda, no obstante, que este tiempo máximo se acorte. Este turno no podrá aplicarse a trabajadores con jornada igual o inferior a 30 horas semanales. Las empresas podrán variar los horarios, dentro de las bandas fijadas, preavisando al trabajador por escrito con siete días de antelación. En los casos en que la campaña o servicio sea de recepción, y se inicie por primera vez, durante el primer mes, y dentro de las bandas señaladas, se conocerá el horario con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas. En los supuestos en los que la campaña o servicio tenga establecido en origen un horario de ejecución que no permita la utilización de los turnos y de las bandas horarias fijadas, la empresa, previa acreditación del hecho objetivo, podrá acordar con la representación legal de los trabajadores el establecimiento de bandas distintas. Este acuerdo deberá reflejarse en todo caso por escrito. Por acuerdo colectivo con la representación legal de los trabajadores, que constará por escrito, podrán ampliarse las bandas horarias establecidas...». Para la sala del TS una simple lectura muestra que las empresas pueden cambiar los horarios, dentro de la banda fijada para cada turno, sin necesidad de acuerdo previo, al ser suficiente la notificación al trabajador afectado con siete días de antelación, bastando con que a sus representantes se les notifique mensualmente las jornadas, turnos y horarios de cada campaña y las modificaciones que se puedan producir, sin que sea preciso el acuerdo previo sobre el cambio, salvo cuando se precise modificar los turnos y bandas horarias que fija el convenio o establecer turnos rotatorios. Por tanto entiende que no estamos ante modificación sustancial de condiciones de trabajo pues la empresa ha actuado al amparo de lo dispuesto en el Convenio sobre flexibilidad interna y porque los cambios operados no merecen ese calificativo, al ser simple manifestación del *ius variandi* empresarial, del poder de dirección que tiene la empresa para organizar su actividad y adscribir al trabajador indefinido a las sucesivas campañas, sin que esa nueva adscripción suponga un cambio indebido cuando se realiza con arreglo al Convenio, cuando, como en este caso ha ocurrido, se respetan las franjas horarias establecidas en la norma colectiva.

3. Como reflexión esta sentencia parte de la interpretación literal del Convenio Colectivo, y por ello si del mismo se desprende un concreto ejercicio del *ius variandi*, ello no puede ser calificado de modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino actuación empresarial conforme al mandato del Convenio Colectivo. Asimismo reiteran tal doctrina las SSTs de 8 de noviembre de 2011 —RCUD 885/2011, IL J 1450/2011—; 9 de diciembre de 2011 —RCUD 944/2011, JL I 66/12—; y 8 de noviembre de 2011 —RCUD 534/2011, IL J 2/2012—.

C) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Reducción salarial

STSJ de Asturias de 7 de octubre de 2011 (recurso de suplicación 1959/2011), IL J 1492/2011.

1. El trabajador presta servicios en una empresa municipal de transportes, primero como Director Gerente y posteriormente como Inspector de servicios dentro del organigrama

de la gerencia. El Ayuntamiento en Pleno, en sesión celebrada el día 11 de junio de 2010, acordó por unanimidad la adopción de diversas «medidas de ajuste en el contexto del RDL 8/2010, de 20 de mayo, en materia retributiva y en relación con las dietas por asistencias y la dotación económica a los grupos políticos», entre las que se incluían proponer a los órganos competentes de las Empresas Municipales de capital íntegramente municipal y de capital mayoritariamente municipal la adopción de acuerdos oportunos, reduciendo las retribuciones totales del personal con contrato de alta dirección y/o fuera de convenio, en las cuantías que correspondieran según el artículo 26 de la Ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, en redacción dada por el Real Decreto-ley 8/2010, y todo ello con efectos a 1 de junio de 2010, alcanzando la reducción en el caso de la Inspección de Servicios a un porcentaje del 15%. El Consejo de administración de la empresa pública del transporte ratificó tal acuerdo, lo que se hizo saber al trabajador.

2. La Sala de lo Social examina el recurso planteado por el trabajador pues este entiende que se ha producido una vulneración del art. 41 ET, al tratarse la reducción salarial de una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Para la Sala de lo Social la modificación impugnada es sustancial pero no se impone por causas empresariales de la demandada, sino para cumplir una norma legal. Esta particularidad resulta esencial, pues separa el caso de los regulados en el art. 41 ET. Efectivamente se le reduce el salario no por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción sino al amparo del RDL 8/2010, pero tal minoración salarial como consecuencia de una norma legal que la impone constituye un cambio sustancial de las condiciones de trabajo no comprendido, ni regulado, en el art. 41 ET, y por lo tanto no le son aplicables los requisitos de forma y fondo previstos en esta disposición para la validez y justificación de las modificaciones a las que se refiere. Se trata de la primacía de la norma legal sobre las demás fuentes de la relación laboral, que se recoge en el art. 3.1.a) ET, y que conecta con el principio de legalidad establecido en el art. 9.3 de la Constitución y señalado en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia.

3. Por tanto, como resumen, los supuestos de reducción salarial de empresas públicas al amparo del RDL 8/2010, que modificó la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales, no son modificaciones sustanciales, sino supuestos de primacía de la norma legal sobre las demás fuentes de la relación laboral.

D) Conflicto colectivo. Modificación sustancial colectiva

SAN de 21 de diciembre de 2011 (procedimiento 234/2011), IL J 26/2012.

1. En el año 1976 la empresa desplegó un servicio de cafeterías de personal, encuadrado en su División de Hostelería, que subvencionaba menús a precios muy inferiores a los del mercado y servía a sus trabajadores aproximadamente 350 productos alimenticios subvencionados, que alcanzaron, en algún momento, hasta 450 productos. La empresa incrementaba anualmente los precios de los servicios descritos con arreglo al incremento del precio de las materias primas y los productos envasados, repercutiendo los costes de explotación y las desviaciones que se pudieran producir a su actividad de hostelería, no habiéndose obtenido consiguientemente ningún tipo de beneficio por el servicio. Los dieciocho centros de trabajo de la empresa demandada, en los que existen actualmente cafeterías de personal

subvencionadas, ya disfrutaban dicho servicio en la fecha antes dicha. En los restantes 58 centros restantes la empresa tiene salas de descanso, en las que hay máquinas expendedoras de determinados productos alimenticios. Por la empresa se notificó al comité inter-centros, que desde el 1-8-2011 los precios subvencionados en las cafeterías de personal se incrementarían, además de los aumentos de materias primas y productos envasados, con los costes de explotación, notificándose, al tiempo, la reducción de los productos subvencionados. Así, los menús se incrementaron un 100% de su precio anterior, también en los demás productos.

2. La Sala de lo Social de la AN resuelve el conflicto colectivo; ante ella se alegan por la empresa diversas excepciones: defecto del modo de proponer la demanda por no identificarse los trabajadores afectados, lo que es rechazado, pues se contienen tales trabajadores afectados, esto es, identifica a los trabajadores que disfrutaban del servicio de cafetería subvencionada; la falta de acción ante entender que el conflicto colectivo es la única acción ante una modificación sustancial que no ha seguido el trámite legal; asimismo se alega la caducidad, lo que es rechazado por cuanto no cabe acudir al plazo de caducidad del art. 138 LPL, pues la empresa no utilizó el procedimiento del art. 41 ET. En lo que se refiere al fondo del asunto, la cuestión que examina es si nos encontramos ante una condición más beneficiosa, y a tal efecto acude a la doctrina jurisprudencial (STS de 18-9-2011), destacando que son tales las que se hayan adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual «en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho» y se pruebe, en fin, la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo. Reconocida una condición más beneficiosa, esta condición se incorpora al nexo contractual, y ello impide poder extraerlo del mismo por decisión del empresario, pues la condición en cuanto tal es calificable como un acuerdo contractual tácito —art. 3.1.c) ET—, y, por lo tanto, mantiene su vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable, siendo de aplicación en el caso las previsiones del art. 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y el art. 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar de forma unilateral. La sala llega a la conclusión de que estamos ante una condición más beneficiosa disfrutada por los trabajadores de 18 centros de trabajo que mantienen la cafetería, al haberse acreditado cumplidamente que la empresa las desplegó desde el año 1976 en los términos del relato y su alteración supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo, con lo que, y al no haberse seguido lo prevenido en el art. 41 ERT, supone la nulidad de la decisión empresarial.

3. En el presente conflicto se examina la decisión empresarial de modificar un régimen de precios en las cafeterías de la empresa para los trabajadores, ello lo efectúa sin acudir a las previsiones del art. 41 ET, por tanto la cuestión a determinar es si aquel beneficio se trata de una condición más beneficiosa, extremo al que llega la sentencia en razón a la temporalidad disfrutada del beneficio, por ello tal modificación entiende que es sustancial, y consecuente a ello la empresa debió acudir a las previsiones legales del art. 41 ET y al no efectuarlo se entiende la decisión nula.

E) Reducción de jornada impuesta por la empresa. Improcedente

STSJ de Valencia de 4 de febrero sde 2011 (recurso de suplicación 2158/2011), IL J 179/2012.

1. El trabajador viene prestando servicios en una determinada jornada laboral anual. La empresa notificó al trabajador comunicación escrita en la que «Por medio de la presente, en el ejercicio de las facultades organizativas de ..., le comunicamos que debido a la decisión del CCGV consistente en reducir el servicio que ... viene prestando para dicho centro, nos vemos obligados a reducir su jornada laboral, lo que conforme autoriza el artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, le notificamos con treinta días de antelación a la efectiva reducción de su jornada, que se producirá en fecha 30 de enero de 2011. A partir de dicha fecha, su jornada pasará a ser de 1.369,5 horas. La decisión que por medio de la presente se le comunica, es absolutamente ajena a esta compañía y se toma de forma obligada, habida cuenta de la notificación recibida por parte del CENTRO COMERCIAL, viniéndonos por ello obligados a tomar esta decisión. Sin otro particular, reciba un cordial saludo (...).» El CCGV suscribió contrato de servicios con la empresa demandada para el año 2010, por importe de 51.698,08 euros, y en virtud del cual prestaba un total de 5.956 horas anuales, al que destinó tres trabajadores entre los que se encuentra el trabajador. Para el año 2011, y en virtud de nuevo contrato suscrito, por importe de 39.069,80 euros, el número de horas de servicio se han reducido a 4.543 anuales.

2. El juzgado de lo social estimó la demanda declarando el derecho del trabajador a mantener su jornada, y ello en razón a no haberse notificado a la representación de los trabajadores. Interpuesto recurso de suplicación, la Sala de lo Social rechaza la modificación de los hechos probados y ante ello, y respecto al primer motivo de infracción de art. 41.1 ET por ser consensuada por el trabajador, ello se rechaza ante el hecho de que desde el momento en que por parte de la empresa se está reduciendo de forma unilateral la jornada del trabajador, con la consecuente merma de los salarios, debemos estimar que desde el momento en que la modificación incide, siquiera de forma indirecta en el móvil económico principal en virtud del cual el trabajador se obliga a prestar servicios en virtud del contrato de trabajo: la retribución a percibir, la modificación ha de considerarse como sustancial, carácter este que por otro lado le concede el propio ET en su art. 41.1.a), que considera sustanciales las modificaciones que afecten a la jornada. Respecto a la notificación a los representantes la empresa refiere su inexistencia, pero como destaca la Sala, con vinculación a los hechos probados de la sentencia, ninguna virtualidad tiene, pues debió contenerse en el relato de hechos.

3. La conclusión de la sentencia es la vinculación a los hechos declarados probados, si la sentencia no contenía mención a inexistencia de representación legal, y no admitida la revisión de hechos probados, la circunstancia de no notificación a la representación legal de los trabajadores (el art. 41.3 ET supone el defecto de la modificación sustancial y por tal lo no justificado de la reducción de la jornada).

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

STS de 20 de diciembre de 2011 (recurso de casación en unificación de doctrina 480/2011), IL J 150/2012.

1. El trabajador viene prestando servicios para la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, como profesor de religión. Esta notificó la reducción de jornada y su salario, lo que es impugnado por el trabajador ante entender que se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

2. El TS reitera la STS de 19 de julio de 2011, que en materia de conflicto colectivo resolvió la controversia con los efectos *erga omnes* de la misma, y en esta destacó: La relación laboral de los profesores de religión católica, sin alcanzar a constituir una relación especial a los efectos del artículo 2.1.j) del ET, se configura de modo «objetivamente especial» (STS 9-2-2011, rec. 3369/09, y las que en ella se citan) como «un contrato temporal al margen de los supuestos que autoriza el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores» (STS 6-6-2005, rec. 950/04). Pese a esa vinculación «objetivamente especial», a los profesores de religión, en términos generales, les resulta de aplicación la regulación de Estatuto, pero también otras normas que, en determinados extremos, tienen un contenido diferente. Así, partiendo de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2006, las Administraciones competentes determinan la duración de la jornada de los profesores de religión a la vista de las necesidades de cada centro cuando se inicia el curso escolar. Ello supone que la fijación de la jornada se puede efectuar sin acudir a las normas sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en el art. 41 del ET, puesto que, en realidad, no se trata de una modificación sustancial, sino del cumplimiento de una característica de este tipo de contratos, cual es la variabilidad de la jornada en atención a las necesidades de los centros y de la especificidad de la disciplina impartida, que, como se desprende de la mencionada Disposición Adicional de la Ley Orgánica y del art. 4.2 del RD 696/2007, es de oferta obligatoria para los centros escolares pero de carácter voluntaria para los alumnos, lo que implica que ese tipo peculiar de cambios y modificaciones se pueda producir por razón de la propia planificación educativa. La reducción de jornada y la proporcional reducción del salario de un contrato a tiempo completo no supone necesariamente que este se transforme en un contrato a tiempo parcial (STS 7-10-2011, rec. 144/11, y las que en ella se citan). En definitiva, la adecuación anual a esos condicionantes, salvo situaciones de abuso de derecho o de vulneración de derechos fundamentales —y no concurre el más mínimo indicio de que éste pueda ser el caso—, no entraña modificación sustancial alguna; y si no puede hablarse de modificación sustancial de condiciones porque éstas, aunque variables como siempre, no han cambiado, mal pueden haberse incumplido cualquiera de los requisitos (el periodo de consultas, por ejemplo) establecidos en el ET para tales supuestos.

3. La sala de lo Social del TS, por tanto, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, porque la relación laboral de los profesores de religión católica se configura como «objetivamente especial» y la Disposición Adicional 3.ª de la LO 2/2006 permite que las Administraciones determinen la duración de la jornada a la vista de las necesidades de cada centro cuando se inicia el curso escolar. Por tanto, la reducción de la jornada y de

salario no conlleva una novación del contrato y su conversión en otro de jornada parcial, teniendo en cuenta la norma referida.

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.e) ET.**
 - B) **Modalidades 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, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la *Revista Información Laboral*, números 12 del año 2011 a 2 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 28 de noviembre de 2011, IL J 131/2012 (rcud 107/2011)**, donde se analiza la ineficacia liberatoria del finiquito, al que se deniega valor liberatorio al enjuiciar el supuesto de firma de finiquito por parte del trabajador sin preaviso alguno y con entrega de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

La Sala argumenta en su FJ 2.º:

«Sobre el concepto del llamado “recibo de saldo y finiquito” se ha señalado por esta Sala que el finiquito es —conforme al DRAE— “remate de cuentas o certificación que se da para constancia de que están ajustadas y satisfecho el alcance que resulta de ellas”. Y desde un prisma estrictamente laboral, se ha venido conceptuando como finiquito, aquel documento, no sujeto a “forma *ad solemnitatem*”, que incorpora una declaración de voluntad del trabajador expresiva de su conformidad a la extinción de la relación laboral y de que mediante el percibo de la “cantidad saldada” no tiene ninguna reclamación pendiente frente al empleador (SSTS —SG— 28/02/00 —rcud 4977/98—; ... 13/05/08 —rcud 1157/07—; 21/07/09 —rcud 1067/08—; 11/11/10 —rcud 1163/10—; y 22/03/11 —rcud 91—). 2. Acerca de su eficacia liberatoria y extintiva se ha mantenido que “1) Su valor liberatorio está en función del alcance de la declaración de voluntad que incorpora y de la ausencia de vicios en la formación y expresión de ésta. 2) Hay que distinguir lo que es simple constancia y conformidad a una liquidación de lo que es aceptación de la extinción de la relación laboral (...) La aceptación de estos pagos ante una decisión extintiva empresarial no supone conformidad con esa decisión, aunque la firma del documento parta de que se ha producido esa decisión y de sus efectos reales sobre el vínculo” (SSTS 24/06/98 —rcud 3464/97—; 22/11/04 —rec. 642/04—; 13/05/08 —rcud 1157/07—; 21/07/09 —rcud 1067/08—; y 14/06/11 —rcud 3298/10—). Y que por regla general, debe reconocerse a los finiquitos, como expresión que son de la libre voluntad de las partes, la eficacia liberatoria y extintiva definitiva que les corresponda en función del alcance de la declaración de voluntad que incorporan. Y que esa eficacia jurídica no supone en modo alguno que la fórmula de “saldo y finiquito” tenga un contenido o carácter sacramental con efectos preestablecidos y objetivados, de modo que aquella eficacia se imponga en todo caso, abstracción hecha de las circunstancias y condicionamientos que intervienen en su redac-

ción (SSTS 18/11/04 —rcud 6438/03—, con cita de muchas otras anteriores; ... ; 21/07/09 —rcud 1067/08—; 19/10/10 —rcud 270/10—; 11/11/10 —rcud 1163/10—; y 22/03/11 —rcud 804/10 —). 3. Más en concreto se ha dicho sobre la necesaria voluntad extintiva, que para que el documento denominado finiquito produzca el efecto extintivo del contrato, es necesario que del mismo se derive una voluntad clara e inequívoca del trabajador de dar por concluida la relación laboral, puesto que “para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato, debería incorporar una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre la extinción, o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario” (SSTS 28/10/91 —rcud 1093/90—; 31/03/92 —rcud 1009/91—; ... ; 07/12/04 —rcud 320/04—; 13/05/08 —rcud 1157/07—; y 21/07/09 —rcud 1067/08—). Aunque, ciertamente, la expresión del consentimiento, en principio, debe presumirse libre y conscientemente emitido y manifestado —por lo tanto sin vicios que lo invaliden— y recaído sobre la cosa y causa, que han de constituir el contrato, según requiere el art. 1262 CC (SSTS SG 28/02/00 —rcud 4977/98—; ... ; 18/11/04 —rec. 6438/03—; 26/02/08 —rcud 1607/07—; 13/05/08 —rcud 1157/07—; 11/06/08 —rcud 1954/07—; ...»).

B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos.

Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica

De otro lado, la **STSJ de Andalucía de 15 de septiembre de 2011** (IL J 1471/2011) analiza la inexistencia de despido ante un supuesto de falta de llamamiento de un trabajador fijo discontinuo. La Sala argumenta que no hay voluntad empresarial extintiva, y los trabajadores que han sido llamados uno es más antiguo y otro tiene una especialidad distinta al demandante. Por ello, no existe despido.

Para la Sala:

«En este caso, ha de partirse de la base de que el contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos, tal y como se define en el Art. 15.8 ET, tiene por objeto la realización de trabajos que no se repiten en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa, añadiendo el precepto que los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente. Y es que, abundando en lo expuesto, en este contexto, se ha venido admitiendo tradicionalmente que la empresa puede proceder al progresivo llamamiento de aquellos trabajadores fijos discontinuos que necesite en cada momento, sin necesidad de llamar absolutamente a todos sus fijos discontinuos, y sin que esto suponga la definitiva extinción de la relación laboral, porque mantendría la obligación de llamarlos en la campaña o temporada siguiente. Es de hacer notar, en lo que ahora respecta, que la empresa no ha manifestado su voluntad rupturista sino que, por el contrario, a tenor del hecho probado segundo la demandada explica las razones por las que no se concreta el derecho del trabajador a ser llamado y si le participa que respeta su condición de fijo discontinuo y que será llamado al inicio de la próxima temporada de esquí. Esta comunicación se realiza en el mes de Marzo del 2010, cuando el trabajador estaba trabajando en la empresa y se pone como fecha de finalización del contrato el mes de Abril con la obligación, como no podía ser de otra forma, se comprometerse a llamarle al inicio de la nueva temporada. Esto no es despido y se acomoda a lo dispuesto en el Art. 31 del Convenio de remontes que es de aplicación

de tal suerte que, como dispone el mismo, la contratación de los fijos discontinuos estará en función de la carga de trabajo que exista en la empresa y ello se efectuará en consonancia con la profesión y categoría del trabajador y puesto laboral a desarrollar. Esto reafirma lo que, con valor de hecho probado, se dice en el segundo de los Fundamentos Jurídicos para excluir la pretensión deducida, “la carga de trabajo de la empresa”, en el tiempo a que se refiere la ausencia de llamamiento, fue debida a que podía ser asumida por los trabajadores existentes al haberse producido una disminución de las tareas propias del taller a causa de la renovación de maquinaria lo que ha supuesto menor producción de averías. Sobre dichas bases es claro que no ha existido el cese de quien acciona sino el aplazamiento de su llamamiento a momento posterior, cuando sea necesaria su participación en el trabajo del taller sin que, como se dijo, la contratación de un peón especializado suponga que haya sido “postergado” y sin que la contratación de eventuales, consecuencia de un acuerdo entre las fuerzas sociales y empresa logrado en el Sercla, le incluya en aquella obligación de ser llamado a trabajar. Dicho acuerdo estaba referido a eventuales y a tareas concretas ajenas a la actividad profesional de quien acciona. Concluyendo que el caso analizado no responde a despido, expreso o tácito, pues la empresa ha puesto de manifiesto esa voluntad inequívoca de querer mantener la vigencia de la relación laboral en años siguientes, no existe voluntad rupturista sino que atiende a la especial naturaleza de éste vínculo laboral, a la especial naturaleza del trabajador fijo discontinuo, que, por una parte, tiene una vinculación con la empresa con interrupciones necesarias, y, por otro, se le otorga una adscripción permanente a ella, sin que su no llamamiento al no precisarse su “trabajo” pueda entenderse como incumplimiento que, por la ley, se pueda entender despido. En dicho orden de cosas la STS, Sala de lo Social, de 5 febrero 2003, especifica que la presencia de la negociación colectiva en el llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos es esencial para que la norma legal obtenga efecto inmediato, ya que ésta no fija criterio alguno ni forma para el llamamiento, abandonando su entera regulación a lo que, al efecto, dispongan los convenios colectivos y, en su caso, el contrato de trabajo siendo así que, no modificado el relato histórico, el que unía al trabajador con la empresa posibilitaba su llamamiento pero cuando fuese precisa la actividad del trabajador. Esta es la solución más acorde con intereses de empresa, de su propia supervivencia, y de los trabajadores, fijos indefinidos, a tiempo parcial y discontinuos y ello sin tener que recurrir a doctrina Jurisprudencial que, como la contenida en sentencias del TS que, como la de 27 septiembre 1982, descartaba que la falta de llamamiento cualquiera que fuera su causa pudiera ser conceptuada como despido puesto que no se interrumpe una relación laboral preexistente, sino exclusivamente “*el presunto derecho al empleo y por turno*”. Y siguiendo esta misma doctrina, subrayando que no existía voluntad resolutoria empresarial, se pronuncian las SSTSJ Madrid de 17 julio 2001, y Comunidad Valenciana de 15 noviembre 2001, declarando que el llamamiento parcial por reducción de actividad no constituye despido».

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

A la cuarta de las causas motivadoras de un despido disciplinario, consistente en la **transgresión de la buena fe contractual** [art. 54.2.d) ET], se refiere expresamente la **STSJ de Castilla y León de 6 de septiembre de 2011** (recurso 479/2011). En ella se analizan el fraude, la deslealtad y el abuso de confianza y falla la procedencia del despido efectuado a una trabajadora, por la comisión de una conducta constitutiva de concurrencia desleal.

Para ello, la Sala argumenta:

«En definitiva, no cabe apreciar el fraude de ley que, según los preceptos cuya infracción se alega, convertirían la relación en concertada por tiempo indefinido, pues, como ha señalado esta Sala en sentencias de 18 de marzo de 2003 y 14 de enero de 2004, siguiendo a la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de julio de 1993, la apreciación del fraude de ley corresponde, de modo primordial, al juzgador de instancia, dada la inmediatez que caracteriza a la fase procesal en que actúa y, como consecuencia, ser el órgano jurisdiccional que, además de ostentar la facultad, que a la vez es un deber, de evaluar todos los elementos de convicción, mejor puede detectar la apariencia de legalidad bajo la cual puede ocultarse la intención de quien pretende valerse de aquélla con una finalidad contraria a la propia normativa de la que se ha hecho uso, o excluir la voluntad ilícita al respecto, debiendo, en consecuencia, ser mantenida por la Sala, en trámite de suplicación, la conclusión sentada por el juzgador “a quo”, habida cuenta del carácter extraordinario de dicha impugnación que, como es sabido, no constituye una segunda instancia, de no resultar contraria al criterio humano o desvirtuados los hechos que sirven de soporte a dicha convicción y en este caso, aunque han prosperado las revisiones de hechos probados que se han intentado en el anterior motivo, ello no convierte la conclusión a que ha llegado el juzgador de instancia en ilógica o irrazonable, sino que, más bien la refuerza, puesto que, tratándose de un contrato eventual, ha quedado patente, con más fuerza, al hacerse constar los diversos servicios nuevos que concertó la empresa, que se dieron circunstancias que justificaron la contratación de otro trabajador para atender a esos servicios, pues, como ha señalado esta Sala en sentencias de 2 de noviembre de 2004 y 6 de octubre de 2005, los contratos de que tratamos “se han de concertar para atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos”, aun tratándose de la actividad normal de la empresa y respecto a ellos nos dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 enero 1995 que “lo que caracteriza a la ‘acumulación de tareas’ es, precisamente, la desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal que se dispone, de forma tal que el volumen de aquél excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de éste; y ello se produce tanto cuando se trata de aumento ocasional de las labores y tareas que se tienen que efectuar aun estando al completo la plantilla correspondiente, como cuando, por contra, se mantiene dentro de los límites de la normalidad el referido trabajo pero, por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo” y en la de 20 de marzo de 2002 que por carácter de eventualidad “se entiende un exceso anormal en las necesidades habituales de la empresa, que no puede ser atendido con la plantilla actual ni razonablemente aconseja, por su excepcionalidad, un aumento de personal fijo”, circunstancias que concurren en el caso que nos ocupa y que, por tanto, justifican la contratación temporal en la modalidad empleada por la entidad demandada».

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 Aragón de 21 de septiembre de 2011**, IL J 1481 (recurso 522/2011). La Sala declara la improcedencia

de la extinción del contrato de trabajo por dichas causas, a la par que analiza los requisitos necesarios para proceder a la extinción contractual por las referenciadas causas a la luz de la nueva regulación introducida en la materia por la Ley 35/2010.

Para ello, la sala, en su Fundamentación Jurídica, razona:

«El preámbulo del Real Decreto-ley 10/2010 y de la Ley 35/2010 explica que muchas extinciones de contratos indefinidos basadas en motivaciones económicas o productivas se han articulado por la vía del despido disciplinario improcedente, “se ha estimado necesaria, en consecuencia, una nueva redacción de estas causas de extinción que proporcione una mayor certeza tanto a trabajadores y a empresarios como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial. En este sentido, no sólo se mantiene intacto el derecho de los trabajadores a la tutela judicial efectiva en esta materia, sino que la modificación integra en la ley la interpretación que los órganos jurisdiccionales han hecho de las causas del despido objetivo en el desarrollo de su tarea de revisión jurisdiccional de las decisiones empresariales sobre esta materia. En definitiva, se persigue con ello reforzar la causalidad de la extinción de los contratos de trabajo, canalizando su finalización hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación”. La finalidad de esta reforma es proporcionar seguridad jurídica a los agentes sociales, manteniendo en su integridad el derecho a la tutela judicial efectiva. El objetivo es que las empresas en crisis no tengan reparos en acudir al despido objetivo, en vez de afrontar los excesos de plantilla por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción mediante el denominado despido “técnico” o “express”, al amparo del art. 56.2 ET. Como consecuencia de esta reforma, la regulación legal del despido por causas económicas, técnicas, objetivas o de producción pasa a ser idéntica en el despido colectivo y en el objetivo porque el art. 52.c) ET se remite al art. 51 ET. La vigente redacción del art. 51.1, párrafo segundo del ET es la siguiente: “Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a mejorar la situación de la empresa o a prevenir una evolución negativa de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”. La Ley 35/2010 ha suprimido el adverbio: “mínimamente”, introducido por el Real Decreto-ley 35/2010 . En las causas económicas, esta última norma establecía: “la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva”. Y en las causas técnicas, organizativas o de producción, el Real Decreto-ley 35/2010 establecía: “la empresa deberá acreditar la

conurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva”. Esta supresión no puede considerarse jurídicamente irrelevante porque si el legislador ha pasado de exigir una justificación mínima de que el despido sea razonable (en la redacción del art. 51.1 del ET conforme al Real Decreto-ley 10/2010), a exigir una justificación de que el despido sea razonable, sin más requisitos, no es dable pretender que este cambio normativo carece de consecuencias jurídicas».

De otro lado, la **STS de 10 de noviembre de 2011** (rcud 394/2011) determina la nulidad del despido de un trabajador por causas objetivas, motivadas en razones económicas, productivas y de organización para adecuar su nivel de empleo a través de una mejor y más racional organización de los recursos humanos y de preservar la viabilidad económica de la empresa. Para ello, la citada Sentencia analiza, pormenorizadamente, los requisitos formales que deben concurrir en el mismo. En concreto, la exigencia legal de hacer constar en la «carta de despido» las causas motivadoras del mismo ante supuestos de extinción anteriores a la entrada en vigor de la Ley 35/2010, manifestando que, tratándose de despido objetivo en el supuesto de incumplimiento de «las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de causa», la consecuencia es la declaración de nulidad del despido, la que debe efectuarse incluso «de oficio» por la autoridad judicial.

La Sala Justifica el fallo en los siguientes términos:

«En interpretación del art. 53.1.a) ET, en sus esenciales extremos, afectantes especialmente al contenido mínimo de la comunicación escrita de despido y la trascendencia de su exigencia, es reiterada jurisprudencia de esta Sala, declarativa de que: a) los requisitos que haya de expresar la comunicación escrita al trabajador y la expresión de la “causa” “indudablemente han de ser los mismos que se exigen para el despido disciplinario debiéndose entender que la expresión ‘causa’ en este precepto utilizada es equivalente a ‘hechos’ a los que se refiere el art. 55, una y otra determinantes, en definitiva, de la garantía que la Ley otorga al trabajador para que si impugna el despido lo haga con conocimiento de los ‘hechos’ que se le imputan a fin de preparar su defensa como reiteradamente ha mantenido esta Sala, lo que obliga a exigir que el contenido de la carta o comunicación sea inequívoco, es decir, suficientemente claro y expresivo, para evitar toda duda o incertidumbre en cuanto a las imputaciones de la empresa” (sentencia de 3-noviembre-1982) en interés de ley, lo que se reitera en la sentencia de 7-julio-198 en interés de ley), resolviéndose que examinada comunicación escrita “no cumple el requisito del artículo 53.1.a) ET , es decir de expresión en la comunicación de la causa, que equivale a expresión concreta de los hechos que la constituyen en términos similares a los requeridos por el artículo 55.1 del mismo cuerpo legal” (sentencia de 10-marzo-1987 en interés de ley); b) que, en interpretación del art. 55 ET, en el que se establece que “el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, habiendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos”, se declara que esta exigencia “aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y esta finalidad no se cumple, según reiterada doctrina de la Sala —Sentencias de 17 diciembre 1985, 11 marzo 1986, 20 octubre 1987 y 19 enero y 8 febrero 1988—, cuando la aludida comunicación sólo contie-

ne imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador”, doctrina que se sintetiza en la STS/Social 3-octubre-1988 y se reafirma en las sentencias de fechas 22-octubre-1990, 13-diciembre-1990, 9-diciembre-1998 (recurso 590/1997) y la más reciente de fecha 21-mayo-2008 (recurso 528/2007), entre otras; y c) que, aun sin haber entrado en el fondo del asunto por falta del requisito de contradicción, se ha resaltado por la jurisprudencia social, para distinguir las exigencias y trascendencia de las comunicaciones escritas en los despidos colectivos y en los despidos objetivos *ex art. 52.c) ET*, la importancia de la expresión de la “causa” en estos últimos, afirmando que “El despido objetivo se lleva a cabo por decisión unilateral y exclusiva del empresario, sin que exista ningún control previo a ese acto extintivo sobre la concurrencia de las causas en que tal empresario basa ese despido; el control de la existencia o no de esas causas justificativas del mismo se lleva a cabo, después de que éste ha tenido lugar, mediante el proceso judicial iniciado por virtud de la demanda presentada por el trabajador cesado impugnando ese despido objetivo; de ahí que, para hacer posible la adecuada y correcta defensa jurídica de la pretensión impugnatoria del trabajador en ese proceso judicial, la Ley imponga como obligación esencial para la validez del despido objetivo que el empresario le comunique por escrito ese despido con expresión de sus causas” (sentencia de 20-octubre-2005 recurso 4153/200). La trascendencia de la determinación del contenido mínimo de la comunicación escrita empresarial en la que se procede a un despido con invocación de causas objetivas, en concreto organizativas y económicas, con alegado fundamento en el art. 52.c) ET, estriba en la finalidad de evitar la indefensión del trabajador despedido que debe conocer de forma suficiente la “causa” del acuerdo empresarial de extinción para poder actuar en condiciones de igualdad en el proceso (arts. 9.2, 14 y 24.1 Constitución —CE—). 4. Con tal propósito garantista, la normativa sustantiva y procesal constituye la referida “causa” como elemento delimitador del objeto probatorio del juicio de despido, puesto que “para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido” (art. 120 en relación con art. 105.2 Ley de Procedimiento Laboral —LPL—) y de la carga probatoria del empresario al que le corresponde “la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo” (art. 120 en relación 105.1 LPL) o, utilizando los términos de la normativa procesal civil, “la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico” correspondiente a su pretensión (art. 217.2 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC—); derivadamente se configura como referencia, también, para fijar el concreto contenido de los hechos declarados probados de la sentencia (art. 97.2 LPL y 209.2.a LEC) y como determinador del sentido del fallo, pues la procedencia, en su caso, de la decisión extintiva *ex art. 52.c ET* solamente deberá efectuarse, como de forma expresa se establece legalmente, “cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita” (art. 122.1 LPL), comportando la declaración de nulidad de la tal tipo de decisión extintiva el supuesto de incumplimiento de “las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de causa” (art. 122.2.a LPL), declaración que debe efectuarse incluso “de oficio” por la autoridad judicial (art. 53.4 ET)».

La **STSJ de Asturias de 28 de octubre de 2011**, IL J 1510/2011 (recurso 2300/2011), declara la improcedencia del despido ante una extinción contractual por causas objetivas,

(concretamente organizativas y de producción), basadas en la reorganización de los recursos en aras a conseguir un buen funcionamiento de la empresa y mantener una posición competitiva en el difícil mercado actual.

Expone la Sala en sus FF.JJ. 2.º y 3.º:

«Con cita del artículo 191.c) del mismo Texto Procesal se formula un segundo motivo, por entender que la Sentencia recurrida infringe el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo en relación con los artículos 1 n.º 2 y 2 n.º 2 y 3 del Código Civil y 9.3 y 24 de la Constitución Española, así como la Disposición Adicional Primera, Disposición Derogatoria Única y Disposición Transitoria Primera de la Ley 12/2001 de 9 de julio por la que se reguló el contrato de trabajo para el Fomento de la Contratación Indefinida, en relación con el artículo 10 del Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, la Disposición Adicional Primera del Real Decreto Ley 8/1997, de 16 de mayo y la Disposición Primera, apartado b) de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre. Sostiene la parte recurrente que la citada cláusula 7.ª del contrato, que establece la aplicación de la Disposición Adicional Primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, no era válida en el momento de concertarse el contrato, 7 de junio de 2004, ya que la misma establecía que el contrato para fomento de la contratación indefinida (que determinaría la indemnización de 33 días) se podría concertar con trabajadores incluidos en alguna de las situaciones siguientes: a) trabajadores desempleados, b) trabajadores que ya estuvieran empleados en la misma empresa, mediante contrato de duración determinada o temporal, incluidos contratos formativos, celebrados con anterioridad al 31 de diciembre de 2003. Ninguno de los supuestos era el del demandante, ya que venía prestando servicios en la empresa y el contrato que nos ocupa se concertaba el 7 de junio de 2004, como expresamente se declara probado. TERCERO. La Sentencia recurrida considera válida la estipulación de esa cláusula y la razona con la argumentación que transcribe el recurrente: “la Ley 5/2006, de 9 de junio, en el apartado IV de su Preámbulo indicaba la necesidad de revisar los límites temporales actualmente vigentes contenidos en la Ley 12/2001, de 9 de julio de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad que limitaba la posibilidad de conversión en contratos de fomento de la contratación indefinida a los contratos temporales suscritos con anterioridad al 31 de diciembre de 2003, lo que manifestaba que podía haber impedido en los últimos años conversiones en contratos indefinidos de determinados contratos temporales celebrados después de esa fecha, de forma que en su artículo 10 Uno modifica la Letra b) del apartado 2 de la Disposición Adicional Primera que quedó redactada en los siguientes términos: Trabajadores que en la fecha de la celebración del nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida, estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados con anterioridad al 31 de diciembre de 2007. Con ello lo que se hace es convalidar todas esas contrataciones efectuadas después del límite temporal establecido por la Ley 12/2001, del 31 de diciembre, y que en el presente caso venían amparadas por el Convenio Colectivo de aplicación, nuevamente a esta disposición se le ha dado una nueva redacción tras la Ley 35/2010 de 17 de septiembre ampliando un nuevo límite temporal de este tipo de contratos, lo que conlleva otorgar cobertura jurídica a la contratación efectuada al actor”. Pero, en cuanto al primer argumento, esto es, que las de 2006 y 2010 vienen a convalidar todas las contrataciones efectuadas después del límite temporal establecido por la Ley 12/2001, la parte recurrente ofrece, entre otros, un argumento contundente y es que el Real Decreto Ley 5/2006 se refiere en su artículo 10 a los contratos temporales que pueden ser convertidos en

indefinidos hasta el 31-12-07, esto es, los de los “trabajadores que en la fecha de la celebración del nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida, estuvieran empleados en la misma empresa, incluidos los contratos formativos, celebrados con anterioridad al 31 de diciembre de 2007”. Y es que, como se declara probado, al entrar en vigor esta disposición, el contrato del actor era indefinido, concretamente desde el 1 de junio de 2005».

Por el contrario, la **STSJ de Castilla y León de 6 de septiembre de 2011, IL J 1460/2011** (recurso 480/2011), falla la procedencia del despido de una trabajadora, por causas objetivas, ante la acreditación de pérdidas económicas de la empresa.

En ella, la Sala, haciéndose eco de la Doctrina contenida en la STS de 29-9-2008, falla:

«La exigencia de que la situación negativa tenga necesariamente que superarse para justificar el despido surge de un error de partida, sin duda inducido por la nada acertada expresión legal, que se refiere a “la superación de situaciones económicas negativas”. Pero la Sala ya ha señalado —en la propia sentencia de contraste— que no se trata de que la medida extintiva garantice la efectiva superación de la crisis, sino que basta que pueda contribuir a ella en el sentido que a continuación se precisará. Por otra parte, es conveniente recordar que la Sala ha abordado una interpretación correctora del término legal —la superación— para atribuirle su verdadera significación jurídica y económica. En efecto, la experiencia de la vida económica muestra, como tópico o lugar común, que hay crisis que se superan y otras que no pueden serlo, sin que ello signifique obviamente que ante una crisis —total o parcial— que no puede superarse no quepa recurrir a despidos económicos para poner fin a la actividad de la empresa o para ajustar su plantilla en términos viables. La sentencia de 14 de junio de 1996 ya precisó que la medida extintiva podía “consistir en la reducción con carácter permanente del número de trabajadores que componen ‘la plantilla de la empresa’” o “en la supresión de la ‘totalidad’ de la plantilla, bien por clausura o cierre de la explotación, bien por mantenimiento en vida de la misma pero sin trabajadores asalariados a su servicio”. Y ello, porque la conexión funcional entre el cierre de la explotación y la causa económica “consiste en que aquélla amortigua o acota el alcance de ésta. La empresa se considera inviable o carente de futuro, y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma la decisión de despedir a los trabajadores”. En estos casos la expresión “superar” que, según el Diccionario de la Lengua, significa “vencer obstáculos o dificultades”, no puede entenderse en sentido literal, sino que hay que admitir que de lo que se trata es de adoptar las medidas de ajuste —terminación de la actividad, reducción de la plantilla— que se correspondan con las necesidades económicas de la empresa. El ajuste como corrección de la crisis y adecuación a la coyuntura creada por ella debe entrar en el significado del término legal de superación. Así lo han establecido de forma inequívoca las sentencias de 8 de marzo de 1999, 25 de noviembre de 1999 y 30 de septiembre de 2002. La primera señala que cuando la empresa se considera inviable o carente de futuro y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma normalmente la decisión de despedir a los trabajadores es “ésta la solución que impone, no sólo el tenor literal del texto legal, sino la fuerza de la lógica”, pues “la extinción por causas objetivas, sea plural o sea colectiva, es el único medio viable en la legislación para dar fin a una explotación que se estima ruinoso y cuya permanencia en el mercado no es posible”, añadiendo que “el legislador, de esta forma, soluciona el problema del fin de estas empresas no viables, de manera todo lo satisfactoria que es posible para ambas partes en el contrato”, sin “que exista en nuestro ordenamiento jurídico ningún otro precepto que provea solución a esta necesidad”. Recuérdese que el artículo

51.1.3.º del Estatuto de los Trabajadores menciona expresamente la extinción de los contratos de trabajo de “la totalidad de la plantilla”, lo que obviamente no podría entenderse como forma de superar la crisis, salvo que por superación se entienda el ajuste a una situación que se ha revelado inviable. Por otra parte, no cabe argumentar, que la amortización del puesto de trabajo mediante el despido no se justifica porque medidas anteriores del mismo carácter no han tenido éxito para reducir las pérdidas, pues, aparte de que sin aquellas medidas las pérdidas podrían haber sido superiores, ese dato pone de relieve simplemente que las medidas anteriores no han sido suficientes; no que la empresa con pérdidas pueda y deba seguir funcionando con la misma plantilla. Es, conforme a todo ello, que procede, desestimando el recurso interpuesto, la confirmación de la sentencia recurrida».

B) Modalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación

La STSJ de Castilla y León de 14 de septiembre de 2011, IL J 1469 (recurso 955/2011), exime de responsabilidad indemnizatoria al FOGASA del abono del 40% de la indemnización en supuesto de despido por causas objetivas. Declara la improcedencia indemnizatoria debido a que la sentencia dictada en el proceso de despido objetivo declarado procedente no es vinculante y no produce efecto de cosa juzgada porque el FOGASA no fue parte en el mismo. Tampoco procede el abono de la indemnización dada la existencia de grupo de empresas, pues en estos supuestos la situación económica negativa debe estar referida al grupo.

La Sala argumenta, en su único FJ:

«Ahora bien, esta vinculación no la reconoce el Tribunal Supremo. Así, en la sentencia de 22 de enero de 2003 (rec. 2468/2002) en la que se dice: “En el punto que aquí se debate hay que concluir que es erróneo el criterio aplicado por la sentencia recurrida. Ésta fundamenta su decisión en la necesidad de preservar ‘el valor de la cosa juzgada predicable de las resoluciones judiciales que sería violentado de poder alterar una resolución administrativa las verdades formales contenidas en una sentencia que ha ganado firmeza’. Pero es claro que no cabe aquí aplicar la cosa juzgada, sencillamente porque falta el elemento subjetivo de identidad que exige el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tanto en su núm. 3 para el efecto negativo, como en el núm. 4 para el positivo. Ello es así, porque el Fondo de Garantía Salarial no ha sido parte en el primer proceso en el que se dictó la sentencia supuestamente vinculante y porque no estamos en ninguno de los casos de extensión de la cosa juzgada a terceros conforme al núm. 3 del precepto citado. Tampoco de la posición procesal del Fondo de Garantía Salarial cabe deducir esta extensión conforme al artículo 23 de la Ley de Procedimiento Laboral. En el núm. 1 de este artículo se contempla una intervención voluntaria del Fondo en aquellos procesos de ‘los que pudiera derivar posteriormente una responsabilidad en el abono de salarios o indemnizaciones’. En el núm. 2 del precepto citado lo que se contempla es una posición de carácter litisconsorcial para los supuestos de empresas desaparecidas o incluidas en procedimientos concursales. Pero, como recuerda la sentencia de 22 Oct. 2002, estas posiciones del Fondo no son reducibles a la intervención adhesiva ni a la litisconsorcial que contempla el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque el Fondo es objeto de un tratamiento especial en la Ley de Procedimiento Laboral, especialmente visible en la atribución de la condición de parte en el supuesto del núm. 1 del artículo 23 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone el reconocimiento de poderes que exceden de los propios de la intervención adhesiva. Por

otra parte, de acuerdo con una reiterada doctrina de la Sala, la vinculación del Fondo por la sentencia que se dicte en el primer proceso depende de que aquél haya comparecido efectivamente como parte en los supuestos del núm. 1 y del núm. 2 o de que, habiendo sido citado en el supuesto del núm. 2, no haya comparecido en el juicio. Así la sentencia de 13 Mar. 1990 apreció la vinculación por la resolución dictada en el proceso anterior, pero en atención a que el Fondo ‘fue parte en el proceso antecedente y no formuló recurso alguno contra el auto que en él se dictó en fase de ejecución, que, por tanto, quedó firme’. La sentencia de 13 Jul. 1992 aprecia también la vinculación por la sentencia anterior, porque el Fondo de Garantía Salarial había consentido la sentencia condenatoria para él. La misma solución aplica la sentencia de 4 Dic. 1992 en relación con un pronunciamiento que había rechazado la prescripción propuesta por el Fondo, pero que no fue recurrido por él. Este criterio se reitera por las sentencias de 8 Jul. 1993 y 14 Feb. 1994, señalando la primera que ‘no es adecuada la conducta procesal del Fondo que dejó firme aquella sentencia al no recurrirla y que ahora reitera en el nuevo proceso las excepciones que fueron judicialmente rechazadas’ y ello ‘aunque en aquel pleito no resultara directamente condenado el Fondo’, pues la modificación del pronunciamiento de aquella sentencia en el nuevo implica una situación idéntica a su revocación sin seguir el cauce de los oportunos recursos, contrariando con ello la presunción de cosa juzgada de los artículos 1251 y 1252 del Código Civil. Con el mismo criterio, aunque con resultado distinto, la vinculación resulta excluida cuando el Fondo no pudo ejercitar la acción con anterioridad (sentencia 13 Feb. 1993). En el presente caso, que se incluye en el núm. 1 del artículo 23 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues no hay constancia de que la empresa demandada estuviera desaparecida o sometida a procedimiento concursal, el Fondo ni compareció como parte ni fue citado como tal en el primer proceso. No es aplicable, por tanto, el efecto positivo de la cosa juzgada que ha apreciado la sentencia recurrida”. También niega el Tribunal Supremo el efecto vinculante atípico de los hechos probados de una sentencia sobre otra “... pues es evidente que tal vinculación lesionaría el derecho a la defensa de la parte del segundo proceso que no ha intervenido como tal en el primero —caso del Fondo de Garantía Salarial en las presentes actuaciones— y que, según esta interpretación, no podría recurrir a los medios de prueba previstos en la Ley para acreditar los hechos necesarios para fundar su pretensión o resistencia, quedando vinculada por la declaración de hechos probados establecida en un proceso en que no ha sido parte. Hay que aclarar que esto no significa que la sentencia dictada en el primer proceso no pueda tener ningún valor probatorio en el segundo, lo que se afirma es que ese valor tendrá que ser apreciado en cada caso a la vista de la prueba practicada, pero que no se impone con carácter necesario al órgano judicial del segundo proceso excluyendo la eficacia de cualquier otro tipo de prueba”. La empresa recurrente argumenta a favor de la vinculación del FOGASA a la sentencia anterior de esta Sala, con independencia de que compareciera o no efectivamente como parte, que la llamada a juicio dependía de la voluntad del trabajador que no demandó a dicho Organismo en el procedimiento ante el Juzgado de lo Social N.º 3 de Valladolid, por lo que la incomparecencia no le resulta imputable a ella que actuó como demandada. El Tribunal Supremo no distingue entre las causas por las que el FOGASA no ha sido llamado al procedimiento precedente a la hora de negar los efectos vinculantes de la cosa juzgada, porque lo realmente importante es que no haya sido parte, como es el caso. Y aunque verdaderamente quien ha de llevar la iniciativa de dirigir la acción es, en buena lógica, el demandante, la demandada tuvo la posibilidad de pedir que se ampliara la demanda contra el FOGASA y no consta que lo hiciese; de modo que no habiendo sido parte dicho Organismo en el pleito seguido ante el Juzgado de lo Social N.º 3 de Valladolid, ahora no

queda vinculado por lo que en aquel procedimiento se resolvió respecto a la declaración de procedencia de la extinción objetiva».

De otro lado, la **STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 2011**, IL J 1497/2011 (recurso 4292/2011), determina la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores antes supuestos de extinción contractual por causas objetivas.

La Sala, haciéndose eco del contenido de la sentencia del TS (Sala IV) de 30 de noviembre de 2005, falla:

«... hay que examinar la infracción que se denuncia de los artículos 52.c) y 68.b) del Estatuto de los Trabajadores. El primero de los preceptos citados establece que “los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto a que se refiere este apartado”, es decir, en el supuesto de la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. Por su parte, el artículo 68.1.º.b) del mismo texto legal prevé que los representantes de los trabajadores tienen, entre otras, la garantía de “la prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores”. El número 7 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores se refiere también a esta prioridad de permanencia en la empresa. La prioridad supone el reconocimiento de una preferencia de conservación del empleo en los supuestos de cese debido a las indicadas causas. Pero esas normas no determinan el ámbito al que esa garantía se extiende, pues las expresiones “en la empresa” o “en el centro de trabajo” no tienen esa significación. La garantía es, desde luego, relativa y así lo ha señalado la doctrina científica, destacando que la misma no puede actuar cuando desaparecen todos los puestos de trabajo, pues entonces no hay una alternativa de selección. Esta alternativa se produce cuando existen varios puestos de trabajo sobre los que se proyecta el efecto de la causa extintiva».

A continuación la propia sentencia resuelve el problema indicando que

«... no hay ninguna regla que establezca que la garantía de la preferencia deba quedar limitada al ámbito de afectación de la causa extintiva. Por el contrario, los preceptos legales citados señalan que la conservación del puesto de trabajo que resulta de la aplicación de la preferencia se extiende a la empresa o al centro de trabajo y éste será en principio el ámbito de afectación, aunque esta mención alternativa —empresa, centro de trabajo— juega como una referencia a la conexión entre la garantía y el ámbito de la representación del trabajador, de forma que si éste se extiende a la empresa dentro de ésta deberá operar la garantía, mientras que si se trata del centro de trabajo tendrá que limitarse a éste. Es cierto que esto obliga a que, por la lógica de la sustitución, pueda resultar afectado por la causa extintiva quien objetivamente no lo estaría en principio, pues si la empresa, para respetar la garantía tiene que emplear al representante en otra unidad productiva —otra estación de servicio en el caso decidido—, esto llevará normalmente consigo que un trabajador de esa unidad productiva pueda resultar excedente, si no hay vacante y su puesto de trabajo es asignado al representante. Pero ésta es un consecuencia de la efectividad de la garantía, que, en cuanto preferencia, se traduce siempre en un sacrificio potencial para el resto de los trabajadores incluidos en el ámbito en que opera la garantía, con independencia de que éste pueda ser más o menos extenso. Por otra parte, si no fuera así las posibilidades de eludir la garantía mediante el ejercicio por parte del empresario de sus facultades en orden a la movilidad supondrían un riesgo muy alto para la efectividad de aquella garantía».

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

La **STS de 7 de octubre de 2011**, IL J 1439/2011 (rcud 350/2011), desestima la excepción de caducidad de la acción, debido a un error en la resolución administrativa. Se trata del supuesto en el que en la resolución sancionadora se otorga al actor el plazo de 20 días desde la desestimación de la reclamación previa para interponer demanda ante el Juzgado de lo Social.

En tal supuesto Sala desestima la excepción de caducidad de la acción en el cómputo del plazo:

«Las sentencias del Tribunal Constitucional 193 y 194/1992, en doctrina que ha sido reiterada por la sentencia de 214/2002, han establecido que las normas sobre la incidencia de la reclamación previa sobre la caducidad de la acción han de interpretarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que respeten las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24 de la Constitución. Así estas sentencias señalan que, aunque “los mandatos del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores son Derecho necesario”, también “lo son aquellos preceptos de la Ley de Procedimiento Administración —hoy el artículo 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común— que se refieren a los efectos de las notificaciones administrativas defectuosas”, “cuya aplicación hubiera supuesto la admisión de la demanda planteada ante el Juzgado de lo Social”. Por otra parte, se afirma que “la prevalencia concedida al artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores supone que de hecho la Administración ha venido a beneficiarse de sus propias irregularidades, al haber inducido a los hoy demandantes a error, y a actuar dentro de un plazo que, posteriormente, la misma Administración consideró inaplicable”. Por ello, “no puede calificarse de razonable una interpretación que prima los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales (STC 204/1987)”. Por el contrario, “resulta razonable estimar que el artículo 79.3 Ley de Procedimiento Administrativo —hoy artículo 58.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común— era aplicable al presente supuesto, de manera que la notificación, aun errónea, debió surtir efectos al interponerse la correspondiente demanda, que, por ello, quedaba dentro del plazo legalmente señalado».

En sentido análogo, la **STSJ de Canarias de 27 de octubre de 2011**, IL J 1506/2011 (recurso 1034/2011), analiza el contenido del artículo 59.3 ET y establece que el cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción para impugnar el despido comienza a partir del momento en que éste se haya producido.

La Sala fundamenta el fallo en su FJ 3.º en los siguientes términos:

«La caducidad de la acción opera aunque el despido se hubiera producido tácitamente siempre que existan hechos concluyentes a partir de los cuales pueda conocerse la voluntad extintiva del empresario y también si a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso y pese a no haberse producido formalmente la recepción de la carta de despido por

el trabajador a éste le consta inequívocamente que se ha producido el despido (STS 20 febrero 1991). No existe en autos dato alguno que permita afirmar que la trabajadora tuviera conocimiento de su situación antes del 1 octubre 2010 fecha en la que por el Director del centro verbalmente se le comunica que no sería contratada para el nuevo curso escolar. La publicación de la Orden de 7 junio 2010 no asegura que a su fecha la trabajadora conociera de la extinción de su relación. La comunicación dirigida por la Administración a la adjudicataria haciéndole saber el término del contrato de servicios ni consta fuera conocida por la trabajadora ni que de algún modo la empresa le hiciera participe de su contenido. Por último, no existe rastro de que en junio 2010 verbalmente se hiciera saber a la trabajadora que no sería contratada para el curso 2010-2011. En consecuencia, y como ya dijo esta Sala en sentencia de 31 agosto 2011, resolviendo idéntica cuestión en relación con una compañera de la hoy actora, D.^a Angelica (rec. 864/2011), la fecha de efectos del despido ha de situarse el 1 octubre 2010, cuando pretendiendo reincorporarse a su puesto fue rechazado y consecuentemente la acción al tiempo de su ejercicio no se hallaba caducada».

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La STSJ de Castilla y León de 6 de septiembre de 2011, IL J 1461/2011 (recurso 452/2011), falla la procedencia del despido efectuado a una trabajadora, por la comisión de concurrencia desleal.

Para ello la Sala argumenta:

«En definitiva, no cabe apreciar el fraude de ley que, según los preceptos cuya infracción se alega, convertirían la relación en concertada por tiempo indefinido, pues, como ha señalado esta Sala en sentencias de 18 de marzo de 2003 y 14 de enero de 2004, siguiendo a la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de julio de 1993, la apreciación del fraude de ley corresponde, de modo primordial, al juzgador de instancia, dada la inmediatez que caracteriza a la fase procesal en que actúa y, como consecuencia, ser el órgano jurisdiccional que, además de ostentar la facultad, que a la vez es un deber, de evaluar todos los elementos de convicción, mejor puede detectar la apariencia de legalidad bajo la cual puede ocultarse la intención de quien pretende valerse de aquella con una finalidad contraria a la propia normativa de la que se ha hecho uso, o excluir la voluntad ilícita al respecto, debiendo, en consecuencia, ser mantenida por la Sala, en trámite de suplicación, la conclusión sentada por el juzgador “a quo”, habida cuenta del carácter extraordinario de dicha impugnación que, como es sabido, no constituye una segunda instancia, de no resultar contraria al criterio humano o desvirtuados los hechos que sirven de soporte a dicha convicción y en este caso, aunque han prosperado las revisiones de hechos probados que se han intentado en el anterior motivo, ello no convierte la conclusión a que ha llegado el juzgador de instancia en ilógica o irrazonable, sino que, más bien la refuerza, puesto que, tratándose de un contrato eventual, ha quedado patente, con más fuerza, al hacerse constar los diversos servicios nuevos que concertó la empresa, que se dieron circunstancias que justificaron la contratación de otro trabajador para atender a esos servicios, pues, como ha señalado esta Sala en sentencias de 2 de noviembre de 2004 y 6 de octubre de 2005, los contratos de que tratamos “se han de concertar para atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa” y respecto a ellos nos dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 enero 1995 que “lo que caracteriza

a la ‘acumulación de tareas’ es, precisamente, la desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal que se dispone, de forma tal que el volumen de aquél excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de éste; y ello se produce tanto cuando se trata de aumento ocasional de las labores y tareas que se tienen que efectuar aun estando al completo la plantilla correspondiente, como cuando, por contra, se mantiene dentro de los límites de la normalidad el referido trabajo pero, por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo” y en la de 20 de marzo de 2002 que por carácter de eventualidad “se entiende un exceso anormal en las necesidades habituales de la empresa, que no puede ser atendido con la plantilla actual ni razonablemente aconseja, por su excepcionalidad, un aumento de personal fijo”, circunstancias que concurren en el caso que nos ocupa y que, por tanto, justifican la contratación temporal en la modalidad empleada por la entidad demandada».

Asimismo, la **STSJ de Castilla y León de 14 de noviembre de 2011, IL J 1412/2011** (recurso 1592/2011), al fallar la procedencia del despido efectuado a un trabajador, entra en el análisis pormenorizado del hecho basado en una reclamación que un trabajador haga contra la empresa por desavenencias en el disfrute de las vacaciones o su oposición a una rebaja en su sueldo no le blindan frente a las facultades disciplinarias u organizativas de la empresa. El despido de este trabajador constituye un indicio de una posible represalia, pero la inversión de la carga de la prueba no significa que la empresa, a modo de *probatio diabolica*, tenga que acreditar el hecho negativo de que la decisión no responde a un motivo discriminatorio, sino que lo que tiene que probar cumplidamente es el hecho positivo de que su decisión extintiva, ya sea disciplinaria u organizativa, obedece de forma exclusiva y cierta a la causa alegada.

La Sala, en tal sentido, argumenta:

«En el motivo séptimo, ya de censura jurídica, se denuncia infracción de los artículos 53.4 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores; cuestiona el recurrente que el despido impugnado haya sido calificado de nulo, nulidad que según el juzgador de instancia es consecuencia de que la empresa ha incurrido con ocasión del despido en “una conducta discriminatoria al vulnerarse la garantía de indemnidad porque el despido puede deberse a una represalia por las reclamaciones efectuadas, especialmente su oposición al expediente número 14/2010 y por su negativa a aceptar una rebaja en su salario, no habiendo la empresa practicado prueba alguna que acredite que no se ha producido represalia como consecuencia de las reclamaciones efectuadas por el trabajador” y además tampoco ha acreditado que la elección del actor “no es caprichosa y arbitraria y que obedece exclusivamente a razones económicas y organizativas”; entiende pues el juzgador de instancia que hay indicios no desvirtuados de represalia por parte de la empresa al despedir objetivamente al actor, mas ocurre que la empresa no sólo ha despedido por causas económicas a este actor sino a otros trabajadores algunos de los cuales han impugnado la decisión extintiva que ha sido declarada procedente por sentencia de este mismo Juzgado núm. Dos de Palencia de 5 de octubre de 2010 en los Autos 484/2010 (sentencia confirmada por esta Sala en su sentencia de 16 de febrero de 2011 en el Rec. 55/2011), en base precisamente a los mismos datos económicos recogidos en la aquí recurrida, o en la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Palencia de 28 de octubre de 2009 (Autos 428/2009) confirmada por la dictada por esta Sala el 19 de febrero de 2010 en el Recurso 130/2010, lo que evidencia que la decisión de la empresa de cesar al actor por motivos económicos

no es aislada o singular sino que responde a una situación crítica de la empresa que ha sido judicialmente constatada en los casos en que los despidos objetivos han sido impugnados; respecto de la garantía de indemnidad debe decirse que el que el trabajador haya formulado una reclamación sobre el disfrute de vacaciones o se haya opuesto a su inclusión en el E.R.E. para suspensión temporal (como otros trabajadores que por cierto no consta hayan sido despedidos) o no haya consentido, a diferencia de otros compañeros de trabajo, que se le rebaje su salario o se le reduzca la jornada para evitar la amortización de puestos de trabajo (acuerdos obrantes a los folios 57 y 58), no significa que quede blindado frente a las facultades disciplinarias u organizativas de la empresa que no pueden tenerse por enervadas porque el trabajador haya formulado algún tipo de reclamación; cierto es que tal circunstancia constituye sin duda un indicio de una posible represalia pero la inversión de la carga de la prueba no significa que la demandada empresa a modo de “probatio diabólica” tenga que acreditar el hecho negativo de que la decisión no responde al motivo discriminatorio indiciariamente apreciado sino que lo que tiene que probar cumplidamente es el hecho positivo de que su decisión extintiva ya sea disciplinaria u organizativa, como es el caso aquí enjuiciado, obedece de forma exclusiva y cierta a la causa alegada; por otra parte la empresa puede amortizar aquellos puestos de trabajo que estime más oportunos resultando por lo demás razonable que se utilice el criterio de menor antigüedad y de menor salario para que la indemnización sea soportable teniendo en cuenta que la causa alegada es la económica y tal criterio puramente organizativo y económico no puede ser cuestionado salvo que se seleccione o elija a un determinado trabajador por alguno de los motivos discriminatorios del art. 17 del Estatuto de los Trabajadores, lo que no parece ocurra en el presente caso; en definitiva entendemos que los indicios que alega el actor han sido cumplidamente desvirtuados porque la empresa ha demostrado en este procedimiento y en otros anteriores que sus decisiones obedecen ciertamente a la causa económica alegada y no a otras motivaciones espurias; por las razones expuestas procede estimar este séptimo motivo del recurso, al haberse producido infracción de los preceptos citados».

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La STSJ de Castilla y León de 6 de septiembre de 2011, IL J 1459/2011 (recurso 455/2011), falla la improcedencia del despido efectuado a un trabajador contratado por obra o servicio determinado. La base jurídica para limitar la temporalidad del último contrato suscrito carece de todo apoyo legal, por lo que debe ser considerado de naturaleza indefinida, lo que acarrea como consecuencia la improcedencia del despido.

La Sala fundamenta el fallo:

«La doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en relación con los contratos de trabajo temporales cuya duración pretende anudarse a la percepción de subvenciones es concluyente al establecer que “la financiación en sí misma no puede ser causa de la temporalidad de la relación” (sentencias de 21 de marzo de 2002, RCU 1701/01, 10 de abril de 2002, RCU 2806/01, 25 de noviembre de 2002, RCU 1038/2002, 7 de julio de 2003, RCU 4185/2002, 25 de noviembre de 2003, RCU 1356/2003, 22 de marzo de 2004, RCU 349/2003, 31 de mayo de 2004, RCU 3882/2003, 22 de junio de 2004, RCU 4925/2003,

23 de noviembre de 2004, RCUD 4924/2003, 24 de abril de 2006, RCUD 2028/2004, 10 de noviembre de 2006, RCUD 4664/2005 ó 8 de febrero de 2007, RCUD 2501/2005) y dicho criterio ha de mantenerse aquí cuando, desnudado de la apariencia subvencional, es el propio presupuesto público anual el que quiere aparecer como causa de temporalidad. Es cierto que desde planteamientos hacendísticos del llamado “zero base budgeting” o “presupuesto base cero” toda la actividad de la Administración tendría carácter temporal y ningún gasto podría considerarse comprometido más allá de la duración del ejercicio presupuestario correspondiente. Pero tales planteamientos carecen de plasmación normativa en nuestro Derecho Presupuestario y además no afectan al Derecho del Trabajo, dado que cuando la Administración opta por la utilización de contratos de trabajo se despoja de su naturaleza pública para asumir la condición de empresario en sentido laboral. La regulación del contrato de trabajo para obra o servicio determinado en modo alguno recoge tal tipo de planteamientos presupuestarios, ni permite configurar el presupuesto anual como “obra o servicio”. Como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes citada, si se aceptara esta tesis no estaríamos ante un contrato de obra o servicio determinado, que es, en principio, un contrato de duración incierta (sentencias de 26 de septiembre de 1992 y 4 de mayo de 1995), sino ante un contrato a término cierto que no se ajusta a ninguno de los tipos del artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores. Por consiguiente basta con analizar el último contrato suscrito para establecer que la base jurídica para limitar la temporalidad del mismo carece de todo apoyo legal, por lo que debe ser considerado de naturaleza indefinida, lo que acarrea como consecuencia la improcedencia del despido, sin necesidad de entrar en el análisis de la cadena contractual anterior».

La **STSJ de Madrid de 8 de septiembre de 2011**, IL J 1464/2011 (recurso 2255/2011), falla la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, ante un supuesto de jubilación forzosa, contenido en convenio AENA. Ante tal supuesto determina la ilicitud de la decisión de jubilación forzosa del trabajador. No puede apreciarse la motivación discriminatoria en función de la edad, sino el incumplimiento de unos requisitos legales que imponen la exigencia de unas actuaciones empresariales que se estiman no cumplidas suficientemente.

La Sala expone:

«La segunda es que la solución debe ser otra para las cláusulas de jubilación forzosa vigentes en la fecha de la derogación de la Disposición Adicional 10.^a Éstas tenían amparo legal en dicha norma. Y su derogación no supone la pérdida de su vigencia, dado que fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los Convenios en cuestión, cuyo equilibrio interno, construido sobre mutuas renunciaciones entre los recíprocos derechos de las partes negociadoras, debe salvaguardarse. Ello es conforme, además, con la Disposición Transitoria Segunda del Código Civil cuando establece que “Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma”. Conclusión que no es contraria a lo establecido por la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1990, de 20 de diciembre, cuyo objeto fue la Disposición transitoria de la Ley 4/1983, de 29 de junio, que modificó determinados preceptos del Estatuto de los Trabajadores, en concreto su artículo 34.2, y redujo la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo a cuarenta horas semanales de trabajo efectivo. La razón es que dicha transitoria encerraba en su párrafo segundo: “La puesta en práctica de la jornada que se establece en la presente Ley, no afectará a la ordenación global de la jornada de trabajo existente en las empresas a la

entrada en vigor de esta Ley, sino exclusivamente a su duración, salvo pacto en contrario”, un mandato como norma mínima y de derecho necesario con eficacia imperativa a partir de su entrada en vigor. Mientras que la Adicional que examinamos no alcanza otra consecuencia jurídica que la derogación de una norma habilitante; derogación que, con lógica proyección de futuro, impide que las partes negociadoras de los Convenios puedan estipular en adelante cláusulas de jubilación forzosa, pero no alcanza a los pactos contenidos en los Convenios que estaban vigentes en la fecha en que se derogó dicha Adicional. De manera que no hay duda de que dentro del contenido de la negociación colectiva se pueden incluir cláusulas de convenio que acuerden la jubilación forzosa cuando tal convenio cuente con una disposición de rango legal que dé cobertura a ese contenido. En consecuencia, puesto que el convenio al amparo del cual se ha acordado la jubilación del recurrente es posterior a la ley 14/05, la cláusula de convenio no es contraria a la ley ni vulnera el principio de igualdad. NOVENO. La lesión de ese derecho se ha descartado por el Tribunal Supremo, por la doctrina constitucional y por la doctrina comunitaria».

B) La indemnización: cuantía y cálculo

La STS de 5 de diciembre de 2011, IL J 135/2012 (rcud 1667/2011), analiza la validez de consignación bancaria de la indemnización, previa a la comunicación por escrito de la extinción contractual, y entiende cumplido el requisito de forma que exige que se ponga a disposición del trabajador de forma simultánea a la notificación del despido la indemnización por éste.

La Sala falla, en su FJ 2.º:

«Es objeto esencial de la controversia determinar la validez, como medio de pago, de una transferencia bancaria efectuada el día antes del cese, a los efectos de considerar cumplido el requisito exigido por el art. 53.1.b) ET de la puesta a disposición del trabajador de la cantidad objeto de indemnización por despido objetivo (*“Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades”*). Como señala la STS de 10 de mayo de 2010 —rcud. 3611/2009—, en asunto referido a la entrega de cheque bancario: “Existe doctrina unificada al respecto de la que son exponente las SSTs/IV 22-enero-2008 (rcud 1689/2007), 6-marzo-2008 (rcud 4785/2006) y 25-marzo-2009 (rcud 41/2008), en específica relación con el requisito de puesta a disposición en el despido disciplinario reconocido como improcedente por el empresario hasta el momento de la conciliación en el art. 56.2 ET (*“2. En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior; depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste. Cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, la cantidad a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna. A estos efectos, el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación”*)».

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La STSJ de Aragón de 13 de octubre de 2011, IL J 1414/2011 (Recurso 597/2011), analiza la nulidad del despido efectuado a una trabajadora en situación de incapacidad temporal por riesgo durante el embarazo, cuando la decisión de extinguir el contrato de trabajo tiene por causa la amortización de la plaza ocupada. El despido de una mujer embarazada que no se llegue a declarar procedente debe ser considerado nulo.

La Sala fundamenta el fallo en su FF.JJ. 3.º y 4.º:

«Al amparo del art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, T. R. de 7 de abril de 1995, denuncia el recurso infracción de lo dispuesto en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores y arts. 4.2 b) y 8.1 c) del R. Decreto 2720/98, de 18 de diciembre, así como de los arts. 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores, sobre amortización de la plaza como causa lícita de extinción del contrato de interinidad, entendiendo en síntesis la recurrente que la decisión de extinguir el contrato de trabajo de la demandante por Resolución de la Alcaldía de 27.10.2010, con efectos de 23.11.2010, tiene por causa la amortización de la plaza ocupada, aunque, por razones administrativas, esta amortización se produjera formalmente después, mediante la aprobación de la nueva plantilla de puestos de trabajo por el Pleno del Ayuntamiento.

Partiendo de que el contrato temporal de la demandante, por obra o servicio determinado, tenía por objeto, “el apoyo a la plantilla hasta la cobertura definitiva de la plaza”, es aplicable el criterio sentado, respecto a los de interinidad, por la jurisprudencia, en cuanto tiene declarado: “el pacto de los contratos de interinidad en los que se conviene la prestación de servicios hasta que la plaza sea provista en propiedad, ha de entenderse sujeto a la condición subyacente de la pervivencia del puesto de trabajo. Conclusión que responde a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad, referida al desempeño con carácter de provisionalidad de un puesto de trabajo. Entenderlo de otro modo llevaría a conclusiones absurdas ya que supondría la transformación del hecho de la interinidad en una situación propia de un contrato indefinido —pues el cese del interino solo se produce por la incorporación del titular, lo que en principio no procede al suprimirse la plaza—, o bien significaría la vinculación de la Administración a proveer una plaza que estima innecesaria, puesto que la ha suprimido. Por ello ha de entenderse que los contratos de interinidad no limitan ni eliminan las facultades de la Administración sobre modificación y supresión de puestos de trabajo, y que la supresión de la plaza es causa justa de la finalización del contrato temporal de interinidad” (SsTS de 12.3.2002, rcud. 1223/01 y de 14.3.2002, rcud. 3191/01, y esta Sala del TSJ de Aragón, entre otras, en Sentencia de 11.7.2006, r. 585/06).

Cuarto.—Pero en el caso enjuiciado lo ocurrido es que el cese de la demandante se ha producido antes de la amortización de la plaza, pues, como se dice en la sentencia, la Corporación informó al Comité de Empresa y Junta de Personal el 19.11.2010 que entre las modificaciones de la plantilla de 2010 para 2011 se incluía la amortización, entre otras, de dos plazas de auxiliar administrativo y 3 de ATS. La amortización de la plaza de la demandante tuvo lugar pues al entrar en vigor el Presupuesto de 2011 y la Plantilla de Personal o RPT para ese año, es decir, el 1.1.2011, de forma que el 23.11.2010, fecha de extinción del contrato de la actora, de interinidad o por obra determinada por apoyo hasta la cobertura de

la plaza, aún no había tenido lugar dicha amortización de la plaza que ocupaba, lo que pone de relieve la improcedencia de la medida extintiva adoptada por la Corporación demandada, como ha tenido ocasión de entender con base en los anteriores argumentos que aquí se reproducen, para el caso de una compañera de la demandante, esta Sala, entre otras, en su sentencia de 15.6.2011 (r. 365/2011)».

Las SSTSJ de Asturias, todas ellas de 14 de octubre de 2011, IL J 1501/2011, IL J 1499/2011, IL J 1500/2011 (recursos 1901/2011, 1998/2011 y 1884/2011), analizan la nulidad de los despidos efectuados ante supuestos de fraude de ley debido a la suscripción por un mismo trabajador de numerosos y sucesivos contratos temporales.

Ante tal supuesto las Salas fallan:

«Entrando en el análisis de los motivos articulados por el cauce jurídico de impugnación que habilita el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la representación letrada de la empresa recurrente formaliza tres motivos, destinados, respectivamente, a las siguientes denuncias: a) En el motivo segundo, la infracción de lo previsto en los artículos 15, 49 b) y 56 del Estatuto de los Trabajadores por haber considerado la sentencia de instancia que existe contratación temporal fraudulenta y, en consecuencia, despido. Se sostiene en el motivo que los contratos temporales suscritos debieron ser declarados válidos, habiendo quedado demostrado, a través de la prueba documental, que la contratación de la actora respondía a una necesidad de cubrir imprevistos derivados tanto de las peculiaridades del proceso productivo de la empresa, como de la existencia de ausencias, debidas a motivos muy diversos, y por lo tanto la extinción del contrato temporal suscrito debe ser considerada no como constitutiva de un despido sino como válida y correcta finalización contractual. b) En el motivo tercero, que se plantea para el caso de que se considerase que la contratación temporal fue fraudulenta y, en consecuencia, que existió despido con motivo de la extinción del contrato de trabajo el 19 de julio de 2010, se denuncia por la empresa recurrente la infracción de lo previsto en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores en relación con lo previsto en el artículo 24 de la Constitución, en lo relativo a la consideración del despido como despido nulo. Se alega que en el caso de haber existido fraude en la contratación y por lo tanto despido, el mismo debería calificarse como improcedente, dado que no ha existido represalia alguna por la presentación de la papeleta de cesión ilegal, combatiendo seguidamente las argumentaciones vertidas por la Magistrada en cuanto a los indicios apreciados por ella tenidos en cuenta. c) En el cuarto de los motivos, que se plantea con carácter subsidiario al motivo segundo, y para el caso de que la Sala estimase que existe por contratación fraudulenta una relación laboral indefinida, se denuncian como infringidos los artículos 8.2, 12.3, 12.4 a) y 18.3 del Estatuto de los Trabajadores, en lo relativo a la naturaleza jurídica a tiempo parcial de la relación laboral indefinida que une a la actora con la empresa. Se sostiene por la representación letrada recurrente que la relación laboral debe ser declarada como indefinida a tiempo parcial, y no como indefinida a tiempo completo que se establece en la sentencia de instancia, alegando que la relación de la actora con la empresa lo fue a tiempo parcial, habiendo estado de alta en la ETT puesto a disposición de la empresa recurrente entre el 6 de febrero y el 19 de julio de 2010 un total de 93 días y por ello la relación laboral debe calificarse como indefinida a tiempo parcial. En la sentencia de instancia la Magistrada parte de la consideración de que los contratos suscritos por la actora lo fueron en fraude de ley, por lo que la relación laboral debería ser considerada como indefinida, y, por lo

tanto, el hecho de ponerle fin el 19 de julio de 2010, sin causa suficiente, es constitutiva de un despido que considera nulo, calificando la relación laboral que une a las partes como indefinida a tiempo completo».

M.^a CARMEN ORTIZ LALLANA
BEGOÑA SESMA BASTIDA
INMACULADA BAVIERA PUIG

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. LIBERTAD SINDICAL.

- A) **Libertad sindical. Permisos retribuidos.**
- B) **Contenido. Vulneración del derecho de libertad sindical.**
- C) **Tutela y represión de conductas antisindicales.**

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA.

- A) **Órganos de representación unitaria. Composición del comité intercentros.**

3. CONFLICTO COLECTIVO.

- A) **El proceso de conflicto colectivo: adecuación de procedimiento por tratarse de conflicto jurídico de interpretación de normas pactadas. Composición de comité intercentros.**
- B) **El proceso de conflicto colectivo: inadecuación del proceso judicial de conflicto colectivo. Impugnación de convocatoria para la cobertura de puesto de trabajo.**

4. HUELGA.

- A) **Huelga intermitente: desconvocatoria ilegal por su carácter parcial y sorpresivo.**
 - B) **Vulneración del derecho de huelga. Sustitución de huelguistas. Procedencia de la indemnización por el daño moral causado.**
 - C) **Incumplimiento de los servicios esenciales.**
-

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 12/2011, 1/2012 y 2/2012 de la *Revista de Información Laboral*.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Libertad sindical. Permisos retribuidos

La discrecionalidad empresarial en orden a la mejora de los derechos sindicales, especialmente en relación a los medios instrumentales necesarios para garantizar la actuación representativa, ha de respetar, en todo caso, el derecho a la igualdad de trato entre sindicatos así como el de igualdad de trato entre sus representantes. Como declara la STC 132/2000, el derecho a la libertad sindical garantizado por el art. 28.1 CE veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes en relación con el resto de los trabajadores y también prohíbe diferencias de trato entre afiliados y representantes sindicales por razón del sindicato en el que se integren o representen, pues son, en todo caso, las consecuencias negativas —por incentivación o disuasión— respecto a la libertad sindical del trabajador, las que determinan que el derecho de libertad sindical también resulte afectado en estos casos.

Esta doctrina jurisprudencial es utilizada en la **STSJ de Aragón de 7 de octubre de 2011**, IL J 1414/2011, para enjuiciar la legalidad de una actuación empresarial consistente en reconocer permiso retribuido sin contraprestación alguna a dos representantes legales de los trabajadores —a uno durante más de quince años, y por más de seis al otro—, concluyendo que se produce una verdadera desigualdad en el ámbito de la acción sindical en relación a otros sindicatos con implantación en el centro de trabajo de Zaragoza.

La empresa dispensa a ambos trabajadores de las tareas propias de su contrato, de modo que los codemandados disfrutaban de un crédito de horas sindicales superior al que por consecuencia de las representaciones logradas en las urnas les correspondía, alcanzando dicha licencia la totalidad de la jornada. Por todo lo dicho, la sentencia estima la petición principal de la demanda y declara vulnerado el derecho de libertad sindical del sindicato demandante por consecuencia de la actitud de la empresa codemandada al conceder de forma graciosa sendos permisos retribuidos, sin contraprestación de ninguna clase, a los otros dos codemandados.

Por razón de la especial naturaleza del procedimiento especial elegido por el sindicato —tutela de derechos fundamentales—, la sentencia no puede entrar en el examen de los acuerdos en los que se concedió tal derecho y, en consecuencia, no realiza pronunciamiento alguno sobre su nulidad o anulabilidad.

B) Contenido. Vulneración del derecho de libertad sindical

Nuevamente la AN se ha tenido que plantear en qué medida una actuación empresarial de introducción de un plan de protección social puede considerarse como contraria al derecho a la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva, reconocida en los arts. 28.1 y 37.1 CE. El caso resuelto por la **SAN de 11 de noviembre de 2011**, IL J 1423/2011, da respuesta al conflicto colectivo planteado por CC.OO. en el que instaba a que se dictase sentencia que declarase la nulidad de la oferta del Plan Alternativo que venía efectuando la empresa IBM desde septiembre de 1993 al considerar que la introducción del plan ofertado se produjo unilateralmente por las empresas codemandadas, quienes no negociaron, de ningún modo, su aplicación, ya que se limitaron a realizar una comunicación general

que se hizo llegar a los comités de empresa en la que simplemente les informan sobre la ejecución del mismo.

El sindicato demandante plantea demanda en proceso de conflicto colectivo en el que solicita la nulidad de la actuación empresarial consistente en el ofrecimiento unilateral, realizado por IBM a todos sus trabajadores en 1993, de un Plan Alternativo al Plan Tradicional, originado en un Reglamento de Régimen Interior. La aceptación del nuevo plan obligaba *de facto* a renunciar simultáneamente al Plan Tradicional. El demandante sostiene que dicha actuación empresarial vulneraba la libertad sindical en su versión funcional de negociación colectiva.

De manera indubitada todas las partes aceptan que el «Plan de Beneficios Voluntarios» cuestionado es una mejora voluntaria típica, que se regula en los arts. 39 y 191 a 194 LGSS, cuya anulación o disminución solo puede realizarse, a tenor de lo dispuesto en el art. 192.2 LGSS, de acuerdo con el procedimiento que regula su reconocimiento. Habida cuenta de que la citada mejora estaba contenida en un reglamento de régimen interior que, aunque ya no puede encuadrarse en el cuadro de fuentes de la relación laboral, continúa siendo de aplicación como derecho dispositivo en tanto no se sustituya por convenio colectivo, la modificación, disminución o anulación de las condiciones en él contenidas (en el caso enjuiciado, las mejoras voluntarias referidas) solo podían acometerse mediante la negociación colectiva, pues, a juicio de la Sala, en tanto que la adhesión al nuevo plan exigía previamente la renuncia al plan anterior, dicha actuación constituía una modificación individual en masa de unas mejoras voluntarias de la Seguridad Social que vulneró el derecho de libertad sindical en su vertiente funcional de negociación colectiva, reconocido en los arts. 28.1 y 37 CE.

Asume esta sentencia la doctrina constitucional que recuerda que «la autonomía individual —o la decisión unilateral de la empresa— no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio» (por todas, STC 238/2005) y, estima, en consecuencia, parcialmente la demanda planteada al tiempo que reconoce a los trabajadores el derecho a ser repuesto a las condiciones económicas que dicho plan les reconocía.

El legislador reconoce y apuesta por una libertad negocial, cuyo ejercicio reserva en exclusiva a los sujetos titulares del propio derecho, otorgando un amplio margen de discrecionalidad para determinar las materias que quieren negociar, así como el procedimiento para llevar a cabo dicha negociación. Dentro de esta amplitud, el contenido posible está marcado por aquellas materias vinculadas a intereses propios que tengan una vinculación profesional en la medida que los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo. En qué medida las partes están obligadas a incorporar en el clausulado del convenio todas las materias que la contraparte proponga es el fundamento último del recurso resuelto por la **SAN de 1 de diciembre de 2012**, IL J 1428/2011, planteado por vulneración de libertad sindical por uno de los sindicatos legitimados para negociar el Convenio de CRTVE.

En aquel proceso, los sindicatos expresaron la voluntad sindical de negociar la regulación total de todos los pluses de programas y complementos del área comercial en conve-

nio colectivo, mientras que la dirección de la empresa manifestó que determinados pluses debían de estar fuera de convenio, tal y como estaba en esos momentos. Concretamente, los pluses de programa se ofertan de modo general por la empresa para desempeñar responsabilidades tangibles, como la supervisión directa y ascendencia personal sobre otros trabajadores, así como a los trabajadores, que asumen una responsabilidad final sobre el producto elaborado por él o sobre una parte de él. Retribuyen también responsabilidades intangibles, como la responsabilidad del programa, la alta especialización y calidad del producto y la presentación.

El XI Convenio de CRTVE, publicado en el BOE de 28-11-2011, que fue suscrito por la empresa y los sindicatos CC.OO., UGT y USO, finalmente excluyó los complementos referidos, y uno de los sindicatos no firmantes del acuerdo instó a que se declarase lesionado su derecho de libertad sindical por la actuación de la empresa en el procedimiento negocial. La AN para resolver el recurso hace un recorrido sobre el principio de «buena fe» negocial que, como es sabido, no puede condicionar esencialmente el resultado o el contenido del proceso de negociación. La obligación de negociar de buena fe no llega al extremo de obligar a alcanzar un acuerdo [STS de 22 de mayo de 2006 (rec. 79/2005)] ni tampoco a reanudar las negociaciones de un convenio fallido, salvo cuando el promotor de la negociación plantea una plataforma negociadora novedosa en el contenido o en el tiempo.

En el supuesto debatido queda, a juicio de la Sala, acreditado cumplidamente que CRTVE negoció efectivamente el convenio colectivo con las Secciones Sindicales de la empresa, como demuestra la confección de 75 actas de la comisión negociadora, y se ha probado, también, que dichas negociaciones alcanzaron buen fin, puesto que alcanzó acuerdo con la mayoría de la comisión social (8 delegados frente a 4).

Es cierto que CRTVE se negó a incorporar este complemento en el convenio y, a juicio del demandante, con dicha actitud vulneró frontalmente su derecho a la libertad sindical, en su vertiente funcional a negociación colectiva, garantizado por los arts. 28.1 y 37.1 CE, ya que dicha medida tenía por finalidad hurtar a la negociación colectiva, que es su sede natural, la regulación de un complemento salarial de cantidad y calidad, cuya importancia cuantitativa es muy elevada y afecta a un gran número de trabajadores, promoviendo, de este modo, una negociación individual en masa. Dicha pretensión no fue atendida por la Audiencia Nacional pues no considera probado, ni siquiera indiciariamente, que la decisión empresarial tuviera por objeto lesionar el derecho a la negociación colectiva del sindicato demandante, habiéndose demostrado que su estrategia negociadora alcanzó buen puerto, puesto que la mayoría sindical suscribió el convenio, aunque en el mismo no se recogió, del mismo modo que en los convenios precedentes, la regulación del complemento controvertido.

C) Tutela y represión de conductas antisindicales

Los representantes de los trabajadores podrán ver revocado su mandato si han perdido la confianza de sus representados. Dicha revocación se hará conforme a lo dispuesto en el art. 67.3 ET en una asamblea específicamente dirigida a tal pretensión; la misma podrá ser convocada por los delegados de personal, el comité de empresa o centro de trabajo, o por un número de trabajadores no inferior al 33% de la plantilla.

El precepto en cuestión, que regula el derecho de los trabajadores a reunirse en asamblea, deja claro quiénes están legitimados para convocarla, y entre aquellos no figura la empresa que, por pura lógica, ha de permanecer totalmente al margen de la convocatoria, de tal manera que no exista la menor duda de su absoluta imparcialidad en torno a aquella. La **STSJ de Galicia de 3 de octubre de 2011**, IL J 171/2012, resuelve el recurso de duplicación planteado por D. Benedicto, delegado de personal y afiliado al sindicato CIG, que fue revocado de tal cualidad en una asamblea convocada directamente por la empresa.

El Tribunal recuerda que tal actuación demuestra un disimulado interés y una encubierta intención de intervención, y ello constituye un serio y relevante indicio del interés que tenía la empresa en la revocación del mandato del demandante por todas aquellas reclamaciones efectuadas, ya en beneficio de los trabajadores, como delegado de personal, ya en nombre propio cuando se trataba de reclamaciones individuales. Forzosamente ha de concluirse que con su actuación la empresa demandada, vulneró el derecho a la garantía de indemnidad y a la libertad sindical del demandante, que conlleva la nulidad radical de la convocatoria de la asamblea de 9-2-2011, y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como a la reparación de las consecuencias derivadas del acto, que incluirá la indemnización solicitada por los perjuicios causados por dicho comportamiento.

La determinación de los límites a los que debe someterse el acto de revocación de los representantes unitarios es objeto de pronunciamiento expreso en la **STS de 27 de diciembre de 2011**, IL J 160/2012. La sentencia de instancia sobre la que se presentó recurso entendió que la revocación de los miembros del Comité de empresa ha de realizarse «por decisión de los trabajadores que los hayan elegido» a tenor de lo establecido en el artículo 67.3 ET, y esta expresión legal significa que al ser electores los trabajadores censados en el colegio electoral por el que fue elegido el representante la revocación corresponde únicamente a ellos y no a la totalidad de trabajadores de la empresa.

Conforme a la regulación estatutaria, solamente podrán ser revocados los delegados de personal y miembros del Comité durante su mandato por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto, a instancia de un tercio, como mínimo, de los electores y por mayoría absoluta de estos, mediante sufragio personal, libre, directo y secreto. No obstante, esta revocación no podrá efectuarse durante la tramitación de un convenio colectivo, ni replantearse hasta transcurridos, por lo menos, seis meses.

La cuestión controvertida, casada en esta sentencia, es si la referida revocación ha de efectuarse por los trabajadores pertenecientes al mismo colegio electoral que el representante cuya revocación se pretende. Pues bien, tal conclusión habría de alcanzarse no solo acudiendo al tenor del art. 67.3 ET, que dispone que antes de la conclusión de su mandato solamente podrán ser revocados los miembros del Comité de Empresa «por decisión de los trabajadores que los hayan elegido», y los trabajadores que los han elegido son los pertenecientes a su colegio electoral, según lo dispuesto en el art. 71.1 ET al establecer que en las empresas de más de 50 trabajadores el censo de electores y elegibles se distribuirá en dos colegios, uno integrado por los técnicos y administrativos y otro por los trabajadores especialistas y no cualificados. A mayor abundamiento, la distribución de electores y elegibles en dos colegios obedece a la finalidad de mantener una proporcionalidad entre los electores y los que pueden resultar elegidos, de tal manera que queden

representados los trabajadores pertenecientes a las distintas categorías profesionales y cuya representación (de intereses no coincidentes) se vería frustrada de poder votar todos los trabajadores pertenecientes a ambos colegios en la revocación del que resultó elegido por uno de ellos.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Órganos de representación unitaria. Composición del comité intercentros

El art. 63.3 ET permite al convenio colectivo diseñar el denominado como comité intercentros, que tiene como función la de representar a todos los trabajadores de la empresa. Se trata por tanto de una habilitación legal a la negociación colectiva para que pueda trascender la unidad típica de los representantes unitarios, creando un órgano de representación de los trabajadores capaz de abarcar todos los centros de trabajo de la empresa.

Tal es el papel que tiene la negociación colectiva a este respecto, que su regulación en general, y en lo que hace a su composición en particular, es bastante escueta. En concreto, se señala que tendrá un «máximo de 13 miembros, que serán designados de entre los componentes de los distintos comités de centro», y que en su composición «se guardará la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente».

De esto se derivan algunos problemas concretos de aplicabilidad, como el que resuelve la **SAN de 24 de noviembre de 2011**, IL J 24/2012. Se trata del supuesto de una empresa aeronáutica cuyas relaciones laborales con sus trabajadores se articulan a través de tres convenios colectivos distintos: personal de tierra y tripulantes de cabina, técnicos de mantenimiento y el de pilotos.

Pues bien, uno de esos convenios, concretamente el de personal de tierra y tripulantes de cabina, procedió a crear, haciendo uso de la habilitación legal mencionada, un comité intercentros al que le correspondía la «Representación Unitaria de los trabajadores afectados por el ámbito de aplicación del presente Convenio». Sin embargo, su composición, siguiendo la normativa legal, se hacía depender de «la proporcionalidad de las distintas formaciones con representación en los órganos de representación, según los resultados electorales considerados globalmente».

El problema jurídico se plantea porque, dadas las especiales circunstancias de la empresa, para la que rigen tres convenios distintos, nos encontramos ante un órgano de representación creado por el convenio de unos específicos trabajadores de la empresa, el personal de tierra y los tripulantes de cabina, que sin embargo en su composición tiene en cuenta a toda la plantilla. En efecto, la referencia legal y convencional exige respetar la proporcionalidad de los sindicatos obtenidas en las elecciones sindicales «según los resultados electorales considerados globalmente», lo que obliga necesariamente a computar totalmente los resultados electorales de todos los trabajadores, sea cual fuere el convenio que les sea aplicable y aunque ello dé lugar a la presencia en el comité intercentros de representantes de los trabajadores a los que no se les aplica el convenio.

La sentencia admite que el tenor literal del precepto, aplicado a este caso en concreto, hace que «sea chocante y hasta poco conveniente democrática y funcionalmente, [pero] esa fue la voluntad de los negociadores del convenio, que debe aplicarse en sus propios términos, conforme dispone el art. 82.3 ET».

Y de ahí, que declare la nulidad del art. 1 del Reglamento de funcionamiento interno, que excluía expresamente de su ámbito de aplicación a los técnicos de mantenimiento y al colectivo de pilotos ya que, como señala la sentencia, «tanto el ET como el Convenio Colectivo en vigor establecen un sistema que se centra en los “resultados electorales considerados globalmente”», lo que conlleva que «no puede limitarse la composición del comité intercentros a que estén incluidos los elegibles en el ámbito personal de aplicación del Convenio Colectivo, ya que cuando el art. 63.3 del ET habla de resultados electorales “considerados globalmente” ha de atenderse a todo el ámbito de la empresa».

3. CONFLICTO COLECTIVO

A) El proceso de conflicto colectivo: adecuación de procedimiento por tratarse de conflicto jurídico de interpretación de normas pactadas. Composición de comité intercentros

El procedimiento de conflicto colectivo es el adecuado si se trata de combatir una decisión emanada del Comité Intercentros que afecta a la representatividad y proporcionalidad en dicho comité. En este caso, no se trata de impugnar el convenio colectivo sino de aplicarlo.

En la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de diciembre de 2011**, IL J 24/2012, USO decide demandar a través del proceso de conflicto colectivo por inaplicación del art. 55 del convenio colectivo para el personal de tierra y tripulantes de Cabina. En este caso la Audiencia Nacional viene a recoger en su Fundamento Jurídico segundo la excepción de inadecuación del procedimiento esgrimida por CC.OO., respecto a la cual termina inadmitiendo dicha excepción argumentando lo siguiente. El proceso de conflicto colectivo implica la existencia de un conflicto actual; el carácter jurídico del mismo, diferenciándose así del conflicto de intereses; y su índole colectiva, entendiéndose por tal no la mera pluralidad de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto dotado de homogeneidad que representa de un interés general. Con expresión más reiterada, también se afirma que el Conflicto Colectivo se define por la conjunción de dos elementos: 1) Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, «entendiéndose por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad». 2) Otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se da como «indivisible, correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, susceptible de fraccionamiento entre sus miembros», o como «un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general. Y con definición menos usual, pero no menos expresiva, se indica que es «generalmente admitida, por la doctrina y la jurisprudencia, la exigencia, en el proceso de conflicto colectivo, de

tres elementos: interés debatido —de carácter colectivo, general e indivisible—; subjetivo —afección indiferenciada de trabajadores—; y finalístico —admisión de los conflictos jurídico o de interpretación y exclusión de los de intereses o de innovación—. Asimismo, esta Sala es constante al afirmar que el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante o de una práctica o decisión de empresa que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores».

Concretamente en este caso, CC.OO. sostuvo que debió impugnarse el art. 55 del Convenio Colectivo, sin que podamos convenir con dicho criterio, porque USO no está impugnando ese precepto convencional, como no podría ser de otro modo, puesto que fundamentó precisamente su pretensión en que la modificación del Reglamento del Comité Intercentros contravino frontalmente el art. 55 del Convenio, de manera que la resolución del litigio exige obligatoriamente la interpretación de dicho precepto convencional, en relación con la actuación de la mayoría del Comité Intercentros, concurriendo, por consiguiente, las notas reguladas en el art. 151.1 TRLPL, para reclamar a través del procedimiento de conflicto colectivo. Menciona la Audiencia Nacional en esta sentencia que esta doctrina ya se mencionó en la Sentencia de la misma Sala de fecha 17 de diciembre de 2012, donde dice que la composición del Comité Intercentros forma parte del interés general de todos los trabajadores de la empresa, quienes no pueden ser ajenos a la misma, puesto que corresponde a dicho comité nada menos que la negociación del convenio.

B) El proceso de conflicto colectivo: inadecuación del proceso judicial de conflicto colectivo. Impugnación de convocatoria para la cobertura de puesto de trabajo

Se estima de oficio excepción de inadecuación de procedimiento en el caso de la Sentencia de la **Audiencia Nacional de 13 de enero de 2012, IL J 109/2012**, para impugnar una convocatoria de promoción y ascenso. En esta sentencia se trae a colación la Sentencia del Tribunal supremo de 11 de diciembre de 2008, en la que se examina qué procedimiento es el adecuado para impugnar convocatorias de promoción y ascenso, y que parte de la redacción del art. 151.1 TRLPL.

Las pretensiones propias del conflicto colectivo se definen por dos elementos: 1) uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores «entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad», y 2) otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como «un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros», o como «un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general». En este sentido el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación

jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores. Por otra parte, el problema no consiste tanto en esa potencial afectación plural que puede derivarse de una sentencia colectiva, sino en la dimensión en que ha de plantearse la controversia, que no puede consistir en la solicitud del reconocimiento de una situación individualizada de uno o varios trabajadores, sino en una declaración general que se corresponda con el propio carácter genérico del grupo de los trabajadores incluidos en el conflicto.

En concreto, y en cuanto a los procedimientos de selección de personal o promoción interna, al estar implicados de modo especial los intereses de los trabajadores individuales que participan en el concurso, es doctrina de esta Sala la de que es posible la impugnación de las bases de la convocatoria y del concurso por la vía del conflicto colectivo, pero solamente mientras se encuentre en fases anteriores a su resolución. La sentencia de 25 de junio de 2006, con cita de la sentencia de 17 de junio de 2004, resume esta doctrina en los siguientes puntos: 1) en un principio, la impugnación de la convocatoria de plazas de un concurso de promoción interna «afecta a un grupo indeterminado y genérico de trabajadores», por lo que su impugnación puede canalizarse por la vía del proceso de conflicto colectivo; 2) pero una vez que se ha producido adjudicación de plazas a «trabajadores determinados», aunque sea provisional, los adjudicatarios son «portadores de un interés jurídico necesitado de tutela judicial» que no se puede defender por el cauce del conflicto colectivo, restringido en el art. 152 LPL, a sujetos dotados de tal condición colectiva; y 3) en conclusión, el derecho a la tutela judicial efectiva de los concursantes designados en la decisión del concurso, sea cual sea el carácter o cualidad de la designación, exige que, una vez producida la misma, la vía para la impugnación de las decisiones de la empresa sea no la del conflicto colectivo, sino la del proceso ordinario, que es la única adecuada para hacer valer los intereses y derechos individuales en juego.

La jurisprudencia citada distingue, por consiguiente, entre impugnación de convocatoria, que puede combatirse adecuadamente mediante el procedimiento de conflicto colectivo, de aquellos supuestos en los que se hayan adjudicado las plazas, aunque sea provisionalmente, que solo pueden combatirse por el procedimiento ordinario, porque si no se hiciera así, si se viabilizara la vía del conflicto colectivo, se podrían alterar derechos subjetivos, obtenidos por dichos trabajadores, sin escucharles siquiera, lo que vulneraría, a todas luces, su derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE.

Por consiguiente, y en el caso concreto que se trae a colación en este comentario, probado que participaron en los exámenes de promoción a auxiliares 2.^a, auxiliares 1.^a y oficiales 2.824 trabajadores, de los que fueron declarados aptos 683 auxiliares 2.^a, 589 auxiliares 1.^a y 327 oficiales, se hace evidente que dichos trabajadores han consolidado derechos subjetivos, que no pueden cuestionarse mediante el procedimiento de conflicto colectivo, ya que, si se hiciera así, podrían perder derechos ya reconocidos, sin asegurar sus derechos de audiencia y defensa, que forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que solo puede asegurarse por el procedimiento ordinario. Se impone, por tanto, estimar de oficio la excepción de inadecuación de procedimiento, puesto que el procedimiento de conflicto colectivo no es adecuado para la defensa de los intereses y derechos individuales en juego en lo que se refiere a las pretensiones primera, segunda y tercera de la demanda, puesto que el canon controvertido forma parte indisoluble de la convocatoria que se impugna.

4. HUELGA

A) Huelga intermitente: desconvocatoria ilegal por su carácter parcial y sorpresivo

La empresa Renfe Operadora plantea demanda de conflicto colectivo de la que conoce la sala de la Audiencia Nacional en la que se declara ilegal por abusiva la desconvocatoria de la huelga que se realizó el 8 de junio de 2010 en horario de 19:00 a 21:00 horas, condenando a abonar la cantidad de 10.400 euros por los daños y perjuicios ocasionados por la empresa. Esta sentencia es recurrida ante el Tribunal Supremo en la **STS de 11 de octubre de 2011**, IL J 114/2012.

SFF-CGT pretende que se estime que obraron de buena fe y sin abusar de su derecho, siendo imputable a Renfe Operadora que obró negligentemente al no pedir señalamiento de servicios mínimos.

La huelga intermitente, a la que se suele recurrir con frecuencia en la práctica de los conflictos colectivos de trabajo, es una modalidad huelguística que no está expresamente prevista en las relaciones de huelgas ilegales o de huelgas abusivas que contienen los artículos 7.2. y 11 del Decreto-ley 17/1977 de relaciones de trabajo. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han tenido ocasión de señalar, no obstante, que esta alternancia o sucesión de horas o jornadas de huelga con horas o jornadas de trabajo, dentro de un conflicto colectivo único, no constituye en principio un supuesto de huelga abusiva, pero que puede calificarse como tal cuando el desarrollo de los paros intermitentes produce un daño desproporcionado a la otra parte de la relación de conflicto. Así se ha declarado, entre otras, en las sentencias del Tribunal Constitucional 72/1982, de 2 de diciembre, y 41/1984, de 21 de marzo, y en las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero y de 30 de junio de 1990. En concreto, las sentencias del Tribunal Constitucional 72/1982 y 41/1984 aceptan la calificación de abusiva de la huelga intermitente que origina un daño «grave» a la empresa, «buscado» por parte de los que se encargan del desarrollo de la huelga «más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica.

El desistimiento de la huelga es un acto de voluntad del comité de huelga u órgano que haya promovido la medida de conflicto que pone fin a la contienda laboral declarada, dándola por concluida con carácter definitivo o al menos indefinido. No es esto, en realidad, lo que ha ocurrido en la huelga intermitente en litigio. Tal modalidad de huelga, en cuanto que tiene por objeto apoyar una reivindicación o una serie de reivindicaciones planteadas de manera conjunta, ha de considerarse como una única huelga fraccionada en el tiempo, y no como una sucesión de huelgas distintas e independientes. Como se apunta por la sentencia de 14 de febrero de 1990, la huelga intermitente es una huelga única cuya «ejecución se divide en varios momentos, distribuidos dentro del día o en ciclos temporales superiores».

Por tanto, el desistimiento de la huelga intermitente ha de afectar a la huelga en su integridad, y no a los paros sucesivos en que su ejecución se fracciona. No pueden considerarse en consecuencia como desistimientos las desconvocatorias de los distintos paros fraccionados en que la huelga intermitente consiste. La aplicación de la anterior doctrina

al caso que nos ocupa lleva a confirmar la calificación de ilegal que hace la sentencia recurrida de la desconvocatoria de huelga, porque tal desconvocatoria tenía por fin el que quedaran sin efecto los servicios mínimos establecidos para esa tarde por el Ministerio de Fomento, lo que agravaría los efectos dañosos de la huelga convocada más de lo previsto. Con ello no queremos decir que cualquier desconvocatoria parcial o suspensión temporal de una huelga intermitente sea ilegal por abusiva, sino que las circunstancias concurrentes serán las que en cada supuesto determinen esa calificación, cual ocurre en el presente caso. En efecto, la secuencia de los hechos nos muestra que el sindicato recurrente desconvocó la huelga intermitente convocada por él para el 8 de junio de 2010, desde las 19 a las 21 horas, con la finalidad de provocar en el transporte público ferroviario el caos que se produjo. La desconvocatoria parcial de la huelga intermitente se puso en conocimiento de la empresa cinco o seis horas antes del momento en que entraban en funcionamiento los servicios mínimos en Trenes AVE y de Larga Distancia, con lo que la patronal, al quedar suspendidos los servicios mínimos en esos trenes por esa desconvocatoria parcial, se quedó sin tiempo, tanto para solicitar del Ministerio de Fomento que fijara unos nuevos servicios mínimos como para organizar de nuevo el servicio regular avisando al personal que debía asumir el tráfico ordinario. Todo ello causó importantes trastornos que no eran fácilmente previsibles. Por ello, puede calificarse de abusiva la desconvocatoria parcial y sorpresiva de la huelga convocada de forma intermitente, cuando ello se hace sólo para dos horas, máxime cuando esa desconvocatoria se efectúa un día en el que existen convocados otros paros dentro y fuera de la empresa.

B) Vulneración del derecho de huelga. Sustitución de huelguistas. Procedencia de la indemnización por el daño moral causado

Es materia reincidente en las resoluciones judiciales la vulneración del derecho de huelga por sustitución de trabajadores huelguistas. En esta ocasión se resuelve por la **Audiencia Nacional en la Sentencia de 21 de noviembre de 2011**, IL J 1424/2011, un supuesto en el que la empresa contrata autobuses para sustituir a trenes que no debían funcionar durante la huelga según fijación de servicios mínimos.

La prohibición de sustitución interna y externa de trabajadores huelguistas responde a la naturaleza fundamental del derecho en juego, cuya preeminencia «produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial» (STC 123/1992). Tal sucede con la potestad del empresario de articular medidas de movilidad funcional o de contratar personal, que quedan limitadas en orden a impedir que se utilicen como instrumento para privar de efectividad a la huelga, vaciando su contenido esencial.

Este mismo razonamiento se extiende sin dificultad a una situación como la que se presenta en este caso. Es evidente que la contratación de un servicio alternativo de autobuses que dio transporte a la totalidad de pasajeros afectados por la paralización de los tres trenes, con el mismo horario y recorrido, contribuyó a la neutralización de los efectos de la huelga válidamente convocada. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de enero de 2010, en un caso de huelga en empresa de transportes que contrató refuerzos con otros transportistas. Tal actuación violó el derecho de huelga

y el de libertad sindical, por cuanto no es lícito emplear en los servicios mínimos a los huelguistas y a otras personas en atender el resto de los servicios, ni, menos aún, contratar con otras empresas que presten servicios de refuerzo para cubrir aquellos que no se pueden atender.

Por otro lado, resulta interesante resaltar también el pronunciamiento de la Audiencia en este caso sobre la solicitud de condena a la empresa de abonar una indemnización por daños y perjuicios al sindicato accionante en función de daños morales.

En cuanto a la cuantificación de la indemnización por lesión de la libertad sindical, no existe un criterio pacífico. Lo único que queda claro es que en todo caso se han de aplicar unos «parámetros razonables», evitando las desproporciones entre el daño sufrido y la indemnización establecida. En este sentido, el Tribunal Supremo recuerda que, para que prospere una condena por daños y perjuicios, es necesario que «se cumplan determinados requisitos y, entre ellos, que medie petición de la parte demandante concretando la cantidad solicitada, así como las bases necesarias para imponer la condena reparadora y su alcance, razonando su pretensión. A partir de ahí, el órgano jurisdiccional, apreciando las peculiaridades de cada caso, fijará el importe de la indemnización de manera discrecional, sin que su decisión pueda ser revisada en el recurso, salvo que resulte irrazonable o desproporcionada, como se declara en la STS de 12 de diciembre de 2005.

Esta interpretación se justifica en la dificultad que muchas veces existe para cuantificar el daño. En la línea de lo apuntado más arriba, así como en muchas ocasiones se presume el daño moral a partir de los elementos en presencia, también se accede a una cuantificación discrecional con el límite de lo que se considere «razonable».

En el caso enjuiciado no se acredita el daño moral alegado, Ahora bien, aunque el daño moral no se ha acreditado, no hay duda de que la empresa obstaculizó los efectos de la huelga legalmente convocada, y que no es la primera vez que ello ocurre, constando en hechos probados varias ocasiones en las que procedió a sustituir a trabajadores huelguistas de diversas formas.

Como es evidente, la finalidad de la indemnización de los daños y perjuicios es la reparación del daño producido a otras personas. Esta reparación o compensación es siempre de naturaleza pecuniaria y persigue dejar al sujeto perjudicado resarcido de las consecuencias dañosas causadas por el incumplimiento de la obligación o por la realización del acto ilícito. No se trata de defender ni reintegrar los derechos lesionados, sino de reparar económicamente los efectos de dicha lesión. Por tanto, desde una perspectiva preventiva y ejemplarizante, la Sala termina estimando pertinente condenar a la empresa a indemnizar por los daños y perjuicios causados, debiendo pasar entonces a observar el parámetro ofrecido por el Sindicato a tal efecto: el precio de los billetes de autobús vendidos en sustitución de los trenes. Lo que ocurre es que no consta acreditado el precio de los mencionados billetes ni el número total de los vendidos, de modo que esta Sala no puede proceder a la cuantificación indemnizatoria tomándolos como referencia, siempre modalizable en función de los elementos fácticos del caso. Por tanto, debemos cuantificar de modo discrecional con el límite de lo que consideramos razonable atendiendo a las circunstancias concurrentes: la vulneración del derecho de huelga durante un día, la reiteración en conductas similares, y el escaso seguimiento de la huelga.

C) Incumplimiento de los servicios esenciales

Junto a la vulneración del derecho de huelga por sustitución de trabajadores huelguistas, el cumplimiento o incumplimiento de los servicios esenciales de las huelgas es otro de los temas a los que con frecuencia se enfrentan nuestros Tribunales

Tal es el caso de la **STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2012**, IL J 209/2012, en la que además de las numerosas excepciones procesales, entre la que se encuentra la de inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo, y que se articulan en los distintos motivos de cada uno de los sindicatos recurrentes, se termina estimando la sentencia de publicación por considerar vulnerados los servicios esenciales por los sindicatos.

Por lo que se refiere a la excepción de inadecuación de procedimiento sólo un breve inciso. El Tribunal entiende que es el procedimiento adecuado para analizar la pretensión de declaración de ilegalidad de una huelga, cuyo derecho o interés legítimo no se satisface extraprocesalmente, por el hecho de que la empresa y el sindicato que la convocó llegaron a un acuerdo que puso fin a la misma, antes de interponerse la demanda de conflicto colectivo.

Entrando en el contenido de la ilicitud de la huelga en este supuesto, dice la sentencia en el Fundamento Jurídico cuarto que el metro es un servicio de transporte esencial en la ciudad de Madrid, necesario e indispensable para los cotidianos desplazamientos de los ciudadanos y medio primordial para cumplir este fin, además de los autobuses y trenes de cercanías, cuya innovación e incremento de ninguna forma dejan al metro como sistema residual o secundario. Concreta esta idea, aplicada al supuesto en el fundamento jurídico decimosexto. En el presente caso la declaración de ilegalidad es legalmente fundada en razón de que en los días 29 y 30 de junio la huelga fue total, según se había ya decidido en las asambleas del día 17 de junio de 2010, acuerdo que se llevó cabalmente a efecto, como así se acredita al quedar probado que en dichos días las puertas del metro de Madrid, aun sin servicio, permanecieron abiertas, si bien el día 29, entre las 6,30 y las 7,00 fueron cerradas, a fin de garantizar la seguridad de los viajeros, ante la aglomeración de usuarios y la falta de información de los mismos sobre la incidencia de la huelga en esa fecha.

No se puede cuestionar, por resultar indudable, que la prestación de un servicio esencial para la comunidad se abandonó de forma absoluta. Dejaron de cumplirse los servicios mínimos en su totalidad, actuación que no encaja en la naturaleza de la actividad desarrollada por la empresa, que ya la STC 53/1986, de 5 de mayo, lo calificó de esencial a la comunidad, causándose un indiscutible perjuicio a los potenciales viajeros, a quienes se privó de forma absoluta, no proporcional o aminorada, de poder desplazarse a sus diferentes destinos. El art. 10 del Real Decreto-ley de 4-3-1977 indica que, «cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas». Había necesidad de fijar un sistema de servicios mínimos, aunque sea cual fuere su alcance y límites, en ningún caso se iban a cumplir, según acuerdo asambleario que tuvo un significado bien transparente en cuanto a su inteligibilidad y comprensión, al decirse que si el 28 de junio de 2010 «la Asamblea de Madrid aprueba el

decreto que rompe el Convenio Colectivo, se realizará una huelga total sin cumplir los servicios mínimos los días 29 y 30 de junio», siendo en definitiva patente la voluntad colectiva de eludir, no los servicios mínimos que se establecieron por la Autoridad Administrativa, sino cualesquiera que se impusieran.

Hay que traer aquí a colación las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 15 de enero de 2007 y 26 de marzo de 2007, que nos recuerda en este sentido que no basta para satisfacer las exigencias constitucionales con manifestar ante quienes convocan una huelga qué servicios considera la Administración que han de ser garantizados y el personal llamado a prestarlos. La concreción que exige la jurisprudencia significa que han de exponerse los criterios en virtud de los cuales se ha llegado a identificar tales servicios como esenciales y a determinar quiénes han de asegurarlos a la luz de las circunstancias singulares de la convocatoria de que se trate. Son, precisamente, esos los datos relevantes para examinar si se ha observado la necesaria proporción entre el sacrificio que comportan para el derecho de los trabajadores y los bienes o intereses que han de salvaguardar (...). Con estas premisas no se justifica la total abstención en la actividad que debía prestarse a los ciudadanos, tal y como ocurrió en los días 29 y 30 de junio de 2010. Se desestima en consecuencia el motivo.

JESÚS R. MERCADER UGUINA
ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ (Coord.)
CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ
PATRICIA NIETO ROJAS
AMANDA MORENO SOLANA
PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI
DANIEL PÉREZ DEL PRADO

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

SUMARIO

1. CONTENIDO «NORMATIVO» DEL CONVENIO COLECTIVO.
 - A) **Cuestiones generales.**
 - B) **Límites.**
 2. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO.
 - A) **Por las comisiones paritarias.**
 - B) **Por los Tribunales laborales.**
-

Las sentencias reseñadas aparecen referenciadas en la parte de jurisprudencia de los números 12, del año 2011, y 1 y 2 del año 2012 de la *Revista de Información Laboral*, de Lex Nova, y reproducidas en *lexnovaonline*, donde puede consultarse su texto íntegro.

1. CONTENIDO «NORMATIVO» DEL CONVENIO COLECTIVO
 - A) **Cuestiones generales**

Determinación de las fechas de pago del salario y de la liquidación por extinción del contrato de trabajo. Tales fechas habrán de ser respetadas por la empresa al efectuar el pago. No sirve para justificar el incumplimiento de la obligación patronal la mera invocación de la existencia de dificultades económicas para pagar en el momento que fija el convenio; la posibilidad de la empresa de no atender a dicho momento se debe canalizar a través del descuelgue salarial o de la inaplicación de la correspondiente cláusula del convenio (art. 82.3 del ET). Así, **SAN de 16 de enero de 2012** (IL J 122/2012), procedimiento 247/2011):

«El art. 4.2.f) ET reconoce a los trabajadores el derecho a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, reiterándose dicho derecho en el art. 29.1 de la misma norma legal, donde se subraya que la liquidación y pago del salario se harán puntual y documentadamente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres.

El art. 64 del convenio de empresas de seguridad establece que el pago del salario se efectuará por meses vencidos en los tres primeros días hábiles y dentro, en todo caso, de

los cinco primeros días naturales de cada mes, aunque los complementos variables establecidos en el convenio colectivo se abonarán en la nómina del mes siguiente al que se haya devengado.

Del mismo modo, el último inciso del art. 40 del convenio colectivo de empresas de seguridad establece que las liquidaciones se pondrán a disposición de los trabajadores dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de la baja y el finiquito no tendrá carácter liberatorio hasta transcurridas 72 horas desde su entrega.

Los convenios colectivos obligan, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82.3 ET, a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia, en concordancia con lo mandado por el art. 37.1 CE.

Por consiguiente, probado que las empresas demandadas no cumplen los plazos, estipulados en los arts. 40 y 64 del convenio (...), se impone la total estimación de la demanda, puesto que estaban obligadas a cumplir en sus propios términos lo pactado en los artículos citados, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82.3 ET.

Dicha consecuencia se habría producido del mismo modo, aunque las demandadas hubieran probado, que no es el caso, que no cumplieron ambas obligaciones, porque les resultó imposible, al haberse producido impagos importantes por parte de las Administraciones públicas, ya que la concurrencia de dicha circunstancia no justifica, de ningún modo, el incumplimiento de lo pactado convencionalmente, pudiendo, en su caso, recurrir al descuelgue del régimen salarial del convenio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82.3 ET o, en su caso, a la inaplicación de ambas cláusulas, previa tramitación del procedimiento previsto en el art. 41.6 ET, pudiendo también recurrir a otras medidas de flexibilidad interna o externa, previstas en los arts. 47, 51 y 52 ET, pero nunca incumplir lo pactado convencionalmente».

B) Límites

Respeto del principio de igualdad. Para la **SAN de 25 de noviembre de 2011** (IL J 1427/2011, procedimiento 188/2011), que recuerda al respecto la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el trato desigual a parejas de hecho y a los cónyuges (sentencia 184/1990), no vulnera dicho principio la cláusula del convenio colectivo que exige para acceder a un mismo beneficio (billetes con descuento o gratuitos) dos años de convivencia a las parejas de hecho y ninguno a los que mantengan vínculo matrimonial. No se está ante dos situaciones equivalentes; las diferencias entre el matrimonio y la convivencia extramatrimonial o unión de hecho proporcionan una justificación objetiva y razonable del distinto trato:

«Contraer o no matrimonio es un derecho, pudiéndose diferenciar entre quienes lo ejercen y quienes no lo ejercen (...).

Es más, el propio legislador en ocasiones exige a las parejas de hecho —y no a los cónyuges— un tiempo de convivencia, como ocurre en el art. 174.3 y en la disposición adicional tercera de la Ley general de seguridad social, en relación (...) con la viudedad, y en el art. 37 del Estatuto de los Trabajadores, a la hora de conferir derecho a permisos retribuidos (...). Y si el legislador puede atribuir derechos diferentes a ambas formas de convivencia

(...) con igual fundamento lo podrá hacer el convenio colectivo de aplicación, sin que de ahí quepa deducir una vulneración de ninguno de los preceptos citados.

Siempre según la misma sentencia, también respeta el principio aquí contemplado la cláusula del convenio colectivo que reconoce a los trabajadores fijos de plantilla que hubiesen ingresado en la empresa antes de una determinada fecha el derecho a seguir percibiendo o a acceder a un complemento vinculado al uso del inglés. La circunstancia de que aquellos trabajadores, a diferencia de lo que ocurre con los ingresados con posterioridad a la aludida fecha, no lleven incluido en su salario ese uso, constituye una justificación objetiva y razonable para limitar a ellos la percepción del complemento».

Condiciones para la validez de la previsión que establece el pago de una retribución global por varios conceptos, entre ellos por realización de horas extraordinarias.

El análisis de tales condiciones forma parte, igualmente, de las cuestiones tratadas por la **SAN de 25 de noviembre de 2011** (IL J 1427/2011, procedimiento 188/2011). Para la Sala, la correspondiente cláusula del convenio colectivo, que en el caso de autos suponía cubrir mediante la retribución global «la realización de horas extraordinarias, turnos, festivos, jornadas especiales y fraccionadas, así como los complementos de idiomas, nocturnidad y los demás contenidos en convenio», no debe impedir el control del número máximo de horas extraordinarias autorizadas y ha de permitir determinar si lo abonado por la realización de éstas se ajusta o no al importe mínimo legal o convencionalmente establecido. De lo contrario deviene nula:

«El Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la licitud de la retribución global de las horas extraordinarias en su sentencia de 24-7-06, defendiendo la validez de los pactos individuales o colectivos *“en los que se fije una retribución global o genérica, de importe igual o similar cada mes, en compensación del exceso de jornada que éste se compromete a realizar; siempre, claro está, que en tal pacto se respeten adecuadamente los límites que la Ley establece tanto en relación con el tiempo máximo de trabajo (art. 34.2 ET) como con el montante de la retribución (art. 35.1 ET)”*.

Asumimos el criterio del Tribunal Supremo respecto de la validez de la retribución global con los límites indicados: descansos mínimos y retribución mínima (...). No obstante, consideramos que debe añadirse una tercera exigencia: también ha de quedar claro que se respeta el número máximo de horas extraordinarias retribuidas, de acuerdo con lo previsto en el art. 35.2 ET, para lo que es importante el registro y la totalización de las mismas tal como indica el art. 35.5 ET.

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha rechazado la licitud de retribuciones globales de horas extraordinarias en las que no queda claro que se estén respetando los límites indicados, lo que ocurre cuando en esa retribución se comprenden también otros conceptos, impidiendo valorar si lo percibido por las horas extras alcanza o no los mínimos legales o convencionales establecidos (...).

Pues bien, el Anexo [del convenio colectivo] controvertido, tal como está configurado, no permite identificar el cumplimiento de ninguno de los límites aludidos (descansos, retribución y número máximo), provocando una innegable situación de inseguridad jurídica para los trabajadores, que no pueden saber cuántas horas extraordinarias se les están computando ni cuánto se les está pagando por cada una de ellas. Ni ellos pueden saberlo a tenor del citado Anexo, ni esta Sala tampoco, sin que la empresa haya acreditado nada a este respecto».

2. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por las comisiones paritarias

Distinción entre facultades de administración y negociadoras. Tal distinción es relevante a efectos de determinar si resulta contrario a la libertad sindical el excluir que puedan formar parte de las comisiones contempladas los sujetos (sindicatos, tendencias del comité de empresa o secciones sindicales) no firmantes del convenio. De no suponer las funciones atribuidas el ejercicio de facultades negociadoras, carece del derecho a formar parte de la comisión el sindicato (o la sección sindical o el grupo de representantes unitarios de una determinada tendencia) que no hubiese firmado el correspondiente convenio colectivo, incluso aunque hubiese formado parte de su comisión negociadora. Sobre este último extremo tiene oportunidad de pronunciarse la **SAN de 22 de diciembre de 2011** (IL J 28/2012, procedimiento 228/2011). Tras recordar cómo la aplicación por el Tribunal Supremo de la clara posición del Tribunal Constitucional en el sentido indicado «se ha visto matizada en algunos pronunciamientos del propio Tribunal Supremo (SSTS 14-11-06, 20-5-10, 5-10-10, 5-6-11, 27-9-11), que parecen reconocer el derecho a participar en comisiones aplicativas a quienes, aun no habiendo firmado el convenio colectivo, sí participaron en su negociación, y ello en aras al derecho a la igualdad de trato en la actividad sindical», la Audiencia Nacional termina por acoger la denominada «doctrina “clásica”, basada en la escrupulosa aplicación de los dictados del Tribunal Constitucional, según la cual no se vulnera la libertad sindical por excluir de comisiones aplicativas de un convenio a quienes no lo firmaron, aunque hubieran participado en la negociación». Los motivos para mantener lo anterior son los siguientes:

«1.º) El origen y contenido de la jurisprudencia que se separa de la doctrina clásica.

El Tribunal Constitucional (...) no establece matices ni excepciones a la doctrina expuesta, tratándose en este caso de una interpretación amplia realizada por el Tribunal Supremo, bien que sólo en una parte de sus pronunciamientos. Pero es que en todos los casos se citan como primeras sentencias en este sentido las dictadas el 24-12-93 y el 16-7-04, que, una vez analizadas, permiten observar que no mantienen realmente la doctrina expuesta. La primera sólo aludía a comisiones normativas y nada dijo sobre las aplicativas, y la segunda concluyó que no cabía excluir de una comisión normativa a quienes participaron en la negociación pero no firmaron, aunque se le hubiera dado a aquélla la denominación de comisión de seguimiento.

En la STS 14-11-06, primera que recoge el párrafo que literalmente se comenzaría a plasmar en las restantes, observamos que en aquél consta una última línea en la que se advierte que el principio de igualdad de trato *“necesita una acomodación que lleva a que, a tenor de la naturaleza de las comisiones, de su participación o no en el convenio, del número de asientos en el banco social, de su carácter de representativo o no, etc. pueda aceptarse la existencia de una ‘justificación objetiva y razonable’ de un trato desigual”*. De esta forma el Tribunal inadmite el recurso de casación para unificación de doctrina, argumentando que no concurre la contradicción necesaria pues *“el derecho a la actividad sindical tiene suficientes matices como para exigir que la comparación que en cada caso se quiere realizar tenga elementos de similitud suficientes como el legislador ha querido exigir”*.

La STS 20-5-10 cita el párrafo controvertido pero en orden a afirmar que un sindicato negociador y firmante del convenio debe luego ser llamado a las comisiones aplicativas.

Tanto la STS 5-10-10 como la STS 5-6-11 y la STS 27-9-11, aunque reflejan el párrafo, reflexionan posteriormente que no cabe excluir al demandante porque se trata de una comisión negociadora.

En suma, la jurisprudencia que defiende la integración de los negociadores no firmantes en las comisiones aplicativas, pierde fuerza al basarse en pronunciamientos que no contienen realmente tal conclusión, y además merma en contundencia en su aplicación al caso concreto.

2.º) La doctrina constitucional sobre el principio de igualdad de trato.

En relación con lo anterior, recuérdese que no todo trato desigual infringe el principio de igualdad, sino sólo el que carece de justificación objetiva y razonable (STC 256/2004, STS 12-11-08, STS 5-11-08); que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de trascendencia jurídica (SSTC 23/1984, 47/1999); que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato (SSTC 229/1992, 119/2002); que no requiere una identidad de tratamiento, con independencia de las circunstancias que puedan concurrir en cada caso concreto (STC 39/1986); que exige que a supuestos de hecho iguales sean aplicadas similares consecuencias jurídicas, entendiendo que aquéllas no lo son cuando se introducen elementos diferenciadores arbitrarios e irracionales (SSTC 49/1982, 81/1982); y que han de considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro se encuentre carente de fundamento racional y sea, por tanto, arbitraria (STC 114/1992).

De acuerdo con esta doctrina, no cabe apreciar en este caso una vulneración del principio de igualdad de trato, puesto que las situaciones de partida son diferentes, pudiendo distinguirse entre quien está de acuerdo con el convenio y por ello lo ha firmado, y quien no, dato en modo alguno baladí cuando justamente de lo que se trata en una comisión aplicativa es de administrarlo.

3.º) El Real Decreto-Ley 7/2011 como herramienta interpretativa.

Aunque no resulta aplicable al caso, la redacción dada al art. 85.3.h).2.º ET por el Real Decreto-Ley 7/2011 (...) viene a incorporar la doctrina “clásica”, lo que sin duda constituye un elemento interpretativo más, de singular relevancia, a tener en cuenta. Este precepto contempla como contenido mínimo convencional la designación de “una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para atender de aquellas cuestiones establecidas en la Ley y de cuantas otras les sean atribuidas, en particular las siguientes: El desarrollo de funciones de adaptación o, en su caso, modificación del convenio durante su vigencia”. Y se precisa que “en este caso, deberá incorporarse a la comisión paritaria la totalidad de los sujetos legitimados para la negociación, aunque no hayan sido firmantes del convenio”. Es decir, tan sólo para este tipo de comisiones con competencias normativas, el legislador llama a los legitimados para la negociación aunque no fueran firmantes, sin extender la previsión a otra clase de comisiones paritarias».

La misma sentencia ofrece, a continuación, una serie de pautas que muestran el camino a seguir para determinar si una concreta facultad es de administración o negociadora, partiendo de que la calificación formal que haga el convenio no es determinante de la verdadera naturaleza de aquélla, que ha de ser establecida atendiendo a su contenido real o efectivo. En este sentido, no cabe apreciar que sean de administración o aplicación las facultades que impliquen «negociar, con carácter previo a la adopción de la decisión por la

empresa», reestructuraciones de servicios, traslados y modificaciones sustanciales colectivas de condiciones de trabajo. La referencia expresa a las modificaciones sustanciales colectivas, que justamente exigen una fase de negociación en período de consultas para poder implementarse, convence, en efecto, de que dicha negociación existe. Tampoco se puede entender que sea de administración la facultad de la comisión de «negociar», en relación con el cómputo del absentismo y la percepción de los complementos salariales de producción y asistencia y de permanencia y desempeño, «los criterios para corregir eventuales disfunciones (...) en el caso de que no se produzca una reducción efectiva en las actuales tasas de absentismo». Y otro tanto sucede con la competencia para «negociar previamente la utilización de cualesquiera otros tipos de contrato de trabajo (...) distintos a los previstos en el presente convenio colectivo», el cual restringe las modalidades contractuales utilizables en la empresa a las recogidas a las de fijos discontinuos, a tiempo parcial, de eventual por circunstancias de la producción y de interinidad, «por lo que la facultad conferida (...) no constituye desarrollo o aplicación de lo previamente regulado, sino articulación de nuevas reglas en materia de contratación».

En cambio, sí son de administración las facultades de: 1) «negociar la memoria explicativa de las necesidades de empleo», no la de negociar la oferta de empleo, de lo que se deduce que «la empresa traslada dichas necesidades a la comisión antes de ofertar las plazas»; 2) «negociar los criterios a aplicar para la cobertura de las necesidades de empleo en los procesos de ingreso y provisión», cuando resulta que tales criterios ya figuran determinados en el propio convenio y el papel de la comisión se limita a la «aplicación y, en su caso, adaptación al supuesto concreto»; 3) negociar «las bases y convocatorias en la contratación temporal», ambas también reguladas en el convenio; 4) «negociar las bases y convocatorias de los concursos de méritos y del concurso de traslados», dándose la circunstancia de que también el propio convenio «establece el contenido mínimo» de las bases de concursos de traslados y fija los méritos a valorar; 5) negociar el «número máximo de candidatos en las bolsas de empleo, en los términos descritos en el presente convenio colectivo», los cuales se refieren a «las bases y convocatorias de contratación temporal y los criterios para la fijación por la comisión de semejante número máximo»; o 6) «negociar los criterios para la elaboración del calendario laboral, de acuerdo con las directrices fijadas en el (...) presente convenio colectivo».

B) Por los Tribunales laborales

Interpretación de la cláusula convencional que prevé que el incremento salarial fijado inicialmente atendiendo al IPC previsto experimentará un «ajuste definitivo» una vez conocido el IPC real. Tal cláusula permite tanto que ese ajuste sea al alza como a la baja, según que el IPC real resulte superior o inferior al previsto, respectivamente. Aunque es criterio judicial que la posibilidad de revisión salarial a la baja precisa previsión clara y expresa en el convenio colectivo, una expresión como la empleada en la aludida cláusula, que establece que «el ajuste definitivo se realizará cuando se conozca el IPC real», es suficiente para autorizar aquella revisión salarial cuando dicho IPC resulte inferior al previsto. Resuelve en tal sentido, en relación con un convenio colectivo extraestatutario, la **STS de 19 de septiembre de 2011** (IL J 1429/2011), que desestima el recurso interpuesto por un sindicato no firmante postulando la interpretación opuesta:

«2. (...) esta Sala viene también manteniendo con reiteración (...), que para que “se produjera el efecto de revisión a la baja, sería preciso que así se hubiera establecido de manera clara y expresa en el pacto en virtud del cual se acordaba la revisión. En el ámbito de la negociación colectiva existía en nuestro mercado laboral una larga, reiterada y uniforme práctica de convenir en la aplicación del IPC previsto, con revisión al alza de acuerdo con el que acabara siendo el IPC real al final del año. Nunca se pactó revisión a la baja, porque nunca, desde que se implantó la negociación colectiva, la inflación real a fin de año había sido inferior a la prevista. Cambiar ese uso general y sin excepciones aceptado por los componentes de las mesas negociadoras, habría exigido que así se estableciera de manera expresa”.

3. Sin embargo, en el presente caso, tanto la significación literal de la palabra “ajustar” empleada en el convenio (...), como el propio contexto en el que lo emplea la norma convencional (que califica al ajuste como “definitivo”, con lo que está dando claramente a entender que los abonos satisfechos por la empresa en función del IPC previsto para el año en el que los efectúa eran “provisionales” y, por tanto, regularizables o acomodables para que pudieran concordar y ajustarse a aquel parámetro, en más o en menos, una vez fuera definitivo) conducen rectamente a entender que esa —y no otra— fue la verdadera intención de los negociadores colectivos.

Además —y es éste quizá el argumento más relevante en orden a la comprobación de la voluntad colectiva— así lo ratificó la comisión paritaria de vigilancia e interpretación del convenio (...).

4. Por todo ello, en fin, y reiterando una vez más la constante doctrina de esta Sala, en virtud de la cual, en materia de interpretación de los contratos y los convenios colectivos, cualquiera que fuera su eficacia, los órganos de instancia gozan de un amplio margen de apreciación por haberse desarrollado ante ellos la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes (...), procede, en este particular supuesto (...) desestimar el recurso y confirmar la sentencia impugnada».

JAVIER GÁRATE CASTRO

IX. SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO

1. FUENTES.
2. CAMPO DE APLICACIÓN.
3. ENCUADRAMIENTO.
4. GESTIÓN.
5. FINANCIACIÓN.
6. COTIZACIÓN.
7. RECAUDACIÓN.
8. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL.
 - A) **Concepto de accidente.**
 - B) **Reparación del daño.**
 - C) **Imprudencia temeraria.**
9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES.
10. ASISTENCIA SANITARIA.
11. INCAPACIDAD TEMPORAL.
12. MATERNIDAD.
13. REGÍMENES ESPECIALES.
 - A) **Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.**
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

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

7. RECAUDACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

8. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

A) Concepto de accidente

Para la **STSJ de Galicia de 11 de octubre de 2012, IL J 94/2012**, se produce un accidente *in itinere*, ya que no rompe el nexo causal el hecho de que fuera la mujer del trabajador accidentado la que condujera el vehículo, ya que ella no fue la causante del accidente, y, además, el trabajador se dirigía a visitar a un cliente de la empresa que llamó al trabajador, efectuando la visita al último cliente dentro del horario y jornada laboral, lo que corrobora que la mujer conducía con la idea de volver a casa tras la visita del último cliente en jornada laboral.

B) Reparación del daño

Sobre la reparación del daño en un supuesto de enfermedad profesional, la **STSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2012, ILJ 75/2012**, recuerda que nuestro Sistema de Seguridad Social, al proteger con prestaciones económicas contra la pérdida de capacidad laboral, temporal o definitiva, que sufre una persona por razón de un accidente laboral, está limitando o, y en otros términos, no integra perjuicios que éste sufre desde el momento en que, basta con observar, en muchos casos ni siquiera lo hace con prestaciones que le cubran

el 100% de la retribución laboral. Puede haber, en consecuencia, una merma de ingresos (lucro cesante) y, además, un daño moral no compensado por la Seguridad Social (el dolor e incertidumbre de la situación cuando uno está en proceso de curación, la separación de los seres queridos si hay ingresos hospitalarios, la no posibilidad de hacer una vida normal, etc.). De ahí que se mantiene regularmente el reconocimiento de que con las prestaciones de Seguridad Social no se logra una reparación completa de los daños y perjuicios sufridos. No ha querido sin embargo nuestro legislador tasar esa reparación con arreglo a módulos predeterminados probablemente por el convencimiento de que es preferible un sistema de compensación que individualice al máximo los efectos perniciosos ocasionados. Esa ausencia de criterio legal de tasación de la reparación conlleva que la determinación de los daños y perjuicios se convierta en un elemento de apreciación por el Juzgador que sólo resulta revisable cuando dicha determinación se haya asentado en bases manifiestamente erróneas. No obstante lo anterior, se dirá también, nada impide a un órgano judicial que, en esa fijación, se oriente por criterios dispuestos por el legislador a la hora de reparar daños y perjuicios ocasionados en accidentes de circulación, para los que se sigue un criterio de tasación fijado en el Anexo de la Ley 30/1995. En esta línea el Tribunal Supremo ha podido señalar, por ejemplo, que para la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios de toda índole derivados de un accidente de trabajo deben detraerse o computarse las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de Seguridad Social, en especial cuando se deba determinar el importe de la indemnización derivada de los perjuicios afectantes al ámbito profesional o laboral del accidentado. De esta manera, y sobre los principios de unidad del daño y proscripción del enriquecimiento injusto, el Tribunal Supremo ha consagrado la regla de la deducción para calcular dichas indemnizaciones, de tal manera que para dicho cálculo deberán tenerse en cuenta todas aquellas cantidades que el trabajador accidentado haya percibido por prestaciones de Seguridad Social, mejoras voluntarias de dichas prestaciones, seguros privados, etc., con la única excepción del recargo de prestaciones del artículo 123 del TRLGSS (SSTS de 10 de diciembre de 1998, 2 de octubre de 2000 u 8 de abril de 2002).

Para la **STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2012, IL J 170/2012**, el trabajador conocía el riesgo de atrapamiento, pues había sido formado e informado sobre el mismo, y sabía que debía desconectar la máquina antes de proceder a realizar tareas de limpieza; sin embargo, no desplegó tal conducta, contribuyendo causalmente con su actuación a la producción del resultado, por lo que procede apreciar la concurrencia de culpas y moderar la indemnización reconocida en instancia. A tal efecto hay que ponderar la infracción de la normativa de prevención por la empresa, la escasa antigüedad del trabajador en la empresa, la realización de las tareas de limpieza de esa máquina pese a no estar obligado, la actuación del trabajador, que siguió órdenes de la empresa, la formación e información que había recibido y que le hacía conocedor del riesgo, el incumplimiento por el trabajador de la obligación de parar la máquina antes de proceder a su limpieza, por lo que hemos de proceder a la moderación de la responsabilidad en un 30%, respondiendo la empresa del 70% de la cuantía reconocida en la instancia.

Sobre la prescripción de la acción, la **STSJ de Murcia de 3 de octubre de 2012, IL J 172/2012**, señala que, de conformidad con los términos del artículo 1969 CC, el plazo para la prescripción de las acciones debe empezar a contar desde el día en que pudieron ejercitarse y que, con arreglo a la jurisprudencia de la Sala IV, tratándose de accidentes de

trabajo, ese día ha de coincidir con la fecha en que se reconoce de modo definitivo la situación de invalidez permanente. En ese sentido, debe estimarse la prescripción de la acción ejercitada para reclamar los daños y perjuicios, derivados del accidente de trabajo sufrido en el año 2001, que en la fecha de la primera declaración de incapacidad (2-6-2003) estaban consolidados, tanto derivados de la situación de IT como de las lesiones sufridas, pero tal prescripción no afecta a la acción para reclamar los daños y perjuicios derivados del último proceso de incapacidad temporal que se inicia, por agravación de las lesiones, el 22-6-2006, y que concluye con una nueva declaración de incapacidad permanente en diciembre del 2008, si bien, a efectos del cálculo de las indemnizaciones derivadas del cuadro de lesiones y secuelas apreciadas en diciembre del 2008, solo podrán tenerse en consideración aquellas que fueran diferentes a las que fueron objeto de valoración en junio del 2006.

C) Imprudencia temeraria

El Tribunal Supremo, en su **STS de 24 de enero de 2012, IL J 166/2012**, ha señalado que, actualizado el riesgo de enfermedad profesional para enervar su posible responsabilidad, el empleador (deudor de seguridad) había de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, lo que no efectúa ante la constatada existencia de falta de las esenciales y preceptivas medidas de seguridad, pero además tampoco justifica que, aun de haberse adoptado todas las medidas exigibles en la fecha de los hechos, el daño no se habría producido. En este sentido, la doctrina jurisprudencial contenida en la citada STS/IV de 30 de junio de 2010 tiene su fiel reflejo y transposición en la ahora vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre —LRJS—), en cuyo art. 96.2 se preceptúa que «en los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira».

Según la **STSJ de Asturias de 25 de noviembre de 2011, IL J 1513/2011**, el trabajador cayó desde la cuarta planta por un hueco abierto en la plataforma de trabajo del andamio que carecía de medidas de protección colectiva frente al riesgo de caída de altura de más de 2 metros. Aunque el trabajador realizó una conducta imprudente, puede traerse a colación la doctrina aplicada por el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, en la sentencia de 12 de julio de 2007, donde —ante un supuesto en el que el trabajador accidentado desatendió instrucciones escritas y la prohibición expresa de la empresa de actuar como lo hizo—, declaró la responsabilidad de la empresa y la procedencia de imponerle el recargo de prestaciones al haber infringido una medida de seguridad causalmente relevante en la producción del suceso. Ni entonces se apreció la temeridad del trabajo y la aptitud de su conducta para romper el nexo causal, ni ahora son predicables tal calificación y la consecuencia derivada. La imprudencia del trabajador incide pero sólo para fijar el porcentaje del recargo, y en razón de ella el INSS acordó el mínimo permitido.

Sobre esta misma problemática, la **STSJ de Castilla y León de 2 de noviembre de 2011, IL J 1511/2011**, señala que la Sala no considera que concurra en este caso una im-

prudencia temeraria de los trabajadores accidentados, entendida como aquella en que éstos consciente y voluntariamente contraríen las órdenes del empresario o las más elementales normas de precaución y cautela exigibles a toda persona normal y aún más a trabajadores con experiencia en el ramo de la construcción. Efectivamente, no hay tal imprudencia temeraria, porque aunque es cierto que la empresa encargada de nivelar el terreno alrededor del frontón llegó después del accidente y que los dos trabajadores eran Oficiales de 1.^a, la decisión —no impedida por la empresa— de utilizar la plataforma calzándola previamente para salvar el desnivel no integra una imprudencia que pueda calificarse de temeraria, sino, en todo caso, de profesional, que no excluye el recargo.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES

En el supuesto de accidente de trabajo y de responsabilidad empresarial sobre las prestaciones derivadas debido a no haber dado de alta al trabajador accidentado, la **STS de 18 de octubre de 2011, IL J 1445/2011**, casa y anula parcialmente la sentencia recurrida, ya que en ésta sólo se declaraba el deber de anticipo por parte de la mutua pero no la responsabilidad subsidiaria del INSS y de la TGSS en caso de insolvencia del empresario. En base a ello, el mismo Tribunal, en la **STS de 29 de noviembre de 2011, IL J 64/2012**, aclara la no existencia de responsabilidad subsidiaria del INSS en el caso de autos en el que el empresario incumplidor sí pagó directamente al trabajador pero que compensó indebidamente las cantidades abonadas con el descuento de las correspondientes cotizaciones a la Mutua aseguradora, no siendo posible extender la responsabilidad subsidiaria de la Entidad Gestora para cubrir los perjuicios que la entidad colaboradora sufrió por dicha compensación.

Por otro lado, la **STS de 3 de noviembre de 2011, IL J 1447/2011**, declara la improcedencia de la regularización realizada por el INSS de la pensión andorrana percibida por un beneficiario al no ser concurrente a los efectos del complemento por residencia (artículo 14.3 del Real Decreto 1611/2005). Atendiendo a que dicha pensión se le reconoció en base exclusivamente a las cotizaciones ingresadas en la Seguridad Social de Andorra y en aplicación de la legislación andorrana, sin que se computase cotización alguna española, y sin aplicación del Convenio bilateral Hispano-Andorrano de Seguridad Social, el Tribunal declara que la situación del recurrente es la contemplada en el artículo 14.4 del Real Decreto, y por ello debe computarse ésta como ingresos o rendimientos del trabajo, sin que su importe se sume al de la pensión nacional a efectos del reconocimiento del complemento por residencia.

10. ASISTENCIA SANITARIA

En la **STSJ Castilla y León de 14 de diciembre de 2011, IL J 1516/2011**, el Tribunal aborda un supuesto de reintegro de gastos sanitarios, reconociendo que cuando se trata de una prestación integrada dentro de la cartera de servicios de la sanidad pública, ésta debe ser prestada por los servicios públicos. No obstante, y constanding que no existe centro

donde pueda prestarse y no derivando el «Sacyl» al enfermo hacia otro centro distinto, ni discutiendo la necesidad de esta prestación, esa entidad ha de hacerse cargo del coste de la misma.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

Ante la cuestión de saber si, en aplicación del art. 113.1 bis, párrafo segundo, el INSS debe objetivar, y en qué forma, la negativa a otorgar una nueva baja de incapacidad temporal por igual o similar patología a la anterior, cuando la primera se extinguió por el transcurso de tiempo previsto para ello y no ha mediado un periodo de actividad cotizada de más de seis meses, la **STS de 8 de noviembre de 2011, IL J 1448/2011**, reiterando la doctrina sentada en la STS de 13 de julio de 2009 (recurso 2576/2008), recuerda que hay dos posibilidades de que se reconozcan efectos económicos a la nueva baja por IT: el transcurso de seis meses de actividad, o que en el proceso de evaluación, calificación y revisión de la situación de IP el INSS emita la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica de IT. Por lo tanto, no se puede limitar el INSS a hacer referencia a la ausencia de transcurso del período de 6 meses, pero tiene que valorar y argumentar la inexistencia de una patología que limitase la capacidad funcional del trabajador.

12. MATERNIDAD

La **STJUE de 15 de diciembre de 2011, IL J 1418/2011**, declara que el art. 8.c) del Acuerdo de 21 de junio de 1999, sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus países miembros, por un lado, y la Confederación Suiza, por otro, y el art. 72 del Reglamento 1408/71, deben ser interpretados de forma que, cuando la legislación de un Estado subordine la obtención de una prestación familiar al cumplimiento de periodos de seguro, empleo o actividad por cuenta propia, la institución competente debe tener en cuenta íntegramente los periodos cumplidos en Suiza.

Respecto al art. 8.a) del mismo Acuerdo, y a los arts. 3.1 y 23.1 y 2, y al Anexo VI.N.1 del Reglamento, deben ser interpretados en el sentido de que cuando la prestación familiar deba determinarse en su importe conforme a las reglas de prestación por enfermedad, cuando la persona haya cumplido íntegramente los periodos de actividad necesarios en el territorio de la otra Parte Contratante deben tenerse en cuenta los ingresos de una persona que ejerce una actividad comparable en el territorio del Estado miembro donde se solicita la prestación.

En la **STS de 12 de diciembre de 2011, IL J 142/2012**, el TS resuelve, en un supuesto de solicitud de una pensión de jubilación SOVI respecto de la composición del periodo de carencia, que las cotizaciones ficticias para los supuestos de hijos nacidos con posterioridad al 1 de enero de 1967 no es posible incluirlas como periodos de cotización, ya que se trata de un Régimen de previsión inexistente en dichos periodos.

13. REGÍMENES ESPECIALES

A) Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

La **STSJ de Cataluña de 5 de octubre de 2011, IL J 182/2012**, analiza un caso en el que a la actora le fue denegada una pensión de viudedad por un doble motivo: por no estar percibiendo una pensión compensatoria que debería extinguirse como condición previa para percibir una pensión de viudedad, según indica el art. 174.2 LGSS, y, como segunda causa por la que no se causa la pensión de viudedad solicitada, la entidad gestora argumenta que la actora no se hallaba al corriente de pago de las cotizaciones acreditadas. En cuanto al primer requisito, el de ser beneficiaria de una pensión compensatoria que debería extinguirse en caso de serle concedida la pensión de viudedad solicitada, el tribunal se plantea si es posible aplicar con efectos retroactivos la condición más beneficiosa regulada en la disposición transitoria decimoctava en su redacción tras la Ley 26/2009, a lo que responde positivamente, ya que los hechos probados no resultan alterados, sino que únicamente se trata de aplicar una modificación legal que no ha sido alegada por la recurrente pero que puede ser suplida por el principio *iura novit curia*, como también lo ha sido en las numerosas sentencias que se citan en la sentencia de suplicación.

Es por la segunda de las causas estudiadas —la ausencia de cotizaciones— por cuanto, a pesar de que acreditaban más de ocho mil días cotizados al Régimen General, hubo una ausencia total de pago de cotizaciones al RETA, de forma que cuando falleció el causante habían transcurrido más de once años sin efectuarse cotización al RETA, que es donde se hallaba encuadrado en el último tramo de su carrera laboral; de ello resultaba no tan sólo el incumplimiento por parte del causante del requisito de hallarse al corriente de pago de sus obligaciones, sino también la carencia respecto del requisito de carencia específica. Es preciso observar, empero, que la sentencia no realiza constatación alguna acerca de que se hubiera realizado la preceptiva invitación al pago, ni tampoco se formula consideración alguna acerca de la posible aplicación del segundo párrafo del art. 174.1 LGSS relativo a la dispensa del requisito del alta en caso de acreditar una carencia de quince años.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La **STS de 23 de noviembre de 2011, IL J 49/2012**, resuelve el problema que surge cuando, una vez agotado el período máximo de percepción del subsidio por incapacidad temporal, el trabajador continúa necesitando asistencia sanitaria y no se ha producido la calificación de la situación a efectos del eventual reconocimiento o denegación de una incapacidad permanente. El Tribunal Supremo manifiesta que se tienen que abonar las prestaciones de IT hasta que se produzca dicha calificación, incluso en el supuesto de que con posterioridad se declare que su estado no es constitutivo de IP. En este mismo sentido se pronunció la STS de 1 de diciembre de 2003.

La **STS de 28 de noviembre de 2011, IL J 56/2012**, determina que la jurisdicción social será la competente para resolver de las cuestiones surgidas de la ejecución de los contratos TRADE suscritos con anterioridad a la Ley 20/2007 en el sector del transporte, siempre que se haya producido su adaptación a dicha ley en los plazos establecidos (Disposición Transitoria 3.^a) y se cumpla con las exigencias de los artículos 11 y 12 LETA. En caso contrario, el contrato suscrito mantendría su naturaleza civil o mercantil y la jurisdicción social no sería la competente.

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA
EUSEBI COLÀS NEILA
JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ
JULIA LÓPEZ LÓPEZ
IGNASI AREAL CALAMA
NURIA PUMAR BELTRÁN
MARINA CASTELLS I MÀRQUES
SERGIO CANALDA CRIADO
ALEXANDRE DE LE COURT

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 noviembre de 2011, IL J 47/2012**, se resuelve acerca de 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 tiempo del 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 625/85, 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 percceptor 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 10 de noviembre de 2011, IL J 200/2012**, 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 Aragón de 9 de noviembre de 2011, IL J 197/2012**, 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 apartado 1 del artículo 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 apartado 1 del artículo 206, asumiendo en este caso la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuente 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 apartado 1 del artículo 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 (número 1 párrafo último y número 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 de 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 29 de septiembre de 2011, IL J 1432/2011**, 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 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 (RR.DD. 1413/2005, de 25 de noviembre, 1975/2008, de 28 de noviembre, y 1300/2009, de 31 de julio).

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. (**Véase en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011, IL J 1431/2011**).

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) *Requisitos de acceso a la protección*

Jubilación forzosa en convenio colectivo

Desde hace algunos años se vienen sucediendo numerosos pronunciamientos en relación con la jubilación forzosa establecida en convenio colectivo. La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de octubre de 2011, IL J 188/2012**, hace un recorrido por la doctrina del Tribunal Supremo en relación con los sucesivos problemas planteados respecto a la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo, en función del momento de su aplicación y, por tanto, de la normativa entonces vigente, lo que permite distinguir hasta tres fases cronológicas bien diferenciadas.

La primera, mientras se mantuvo vigente la Disposición Adicional 5.^a del ET de 1980, que vino a reiterar después la Disposición Adicional 10.^a del ET de 1995, luego derogada,

y a la que ha venido a dar nueva redacción la Ley 14/2005. Mientras fue así, tales cláusulas obtuvieron siempre un juicio positivo de constitucionalidad (SSTCo. 22/1981, de 2 de julio, 58/1985, de 30 de abril, o 111/1985, de 11 de octubre). De igual modo continuó pronunciándose el TCo., al igual que el TS, cuando la decisión extintiva fundada en la jubilación forzosa del trabajador se tomó con base en una norma colectiva vigente con anterioridad a la derogación de la Disposición Adicional 10.^a del ET de 1995. Aunque se trate de doctrina relativa a normativa anterior, ello no impide que los criterios entonces sentados puedan servir de orientación para abordar el examen de la controversia material que se plantea. Así, por todas, la STCo. 280/2006, ya citada, proclama que: «(...) Sentadas dichas premisas, la cuestión reside en definir las precondiciones de constitucionalidad que pueden llegar a justificar el tratamiento desigual y el sacrificio que la jubilación forzosa supone para el trabajador afectado, y que son, con arreglo a nuestra doctrina (SSTC 22/1981, de 2 de julio, y 58/1985, de 30 de abril), las siguientes: 1) El cese forzoso por esa causa sólo es posible si en virtud de la normativa de Seguridad Social procede la percepción de pensión de jubilación. Es decir, no basta con que la jubilación forzosa sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito; es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado. De manera que el límite máximo de edad sólo será efectivo si el trabajador ha completado los períodos de carencia para la jubilación y cumple el resto de los requisitos para acceder a la pensión correspondiente. 2) La fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se garantizara una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo».

La segunda fase comenzó con motivo de la abrogación de la Disposición Adicional 10.^a del ET de 1995, merced, primero, al Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes para la reforma del mercado del trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que vino a ratificar la posterior Ley 12/2001, de 9 de julio. Con tal motivo, fueron varios los pronunciamientos del Tribunal Supremo interpretativos del alcance de la expresada derogación (por ejemplo, Sentencia de 9 de marzo de 2004, dictada en función unificadora): «De todo lo hasta ahora expuesto cabe alcanzar dos conclusiones. La primera es que, derogada la disposición adicional 10, derogación que por supuesto no resucita la vigencia de la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953, y en ausencia de norma legal habilitante de la negociación colectiva, es de aplicación para los Convenios Colectivos que entren en vigor tras dicha derogación, lo dispuesto en el artículo 4.2) y 17.1 del ET, de inequívoca inspiración constitucional, en cuanto que el primero establece el derecho de los trabajadores “A no ser discriminados [hoy directa o indirectamente] para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley (...)” y el segundo prevé que “Se entenderán nulos y sin efecto (...) las cláusulas de los convenios colectivos (...) que contengan discriminaciones [hoy directas o indirectas] desfavorables por razón de edad”. Estos dos preceptos estatutarios, cuyo espíritu es el mismo, aunque ahora con rango de Ley, que el de la citada Orden Ministerial, implican que recobre actualidad la jurisprudencia establecida bajo la vigencia de la referida Orden, que atribuía al derecho subjetivo al trabajo, la naturaleza de “mínimo de derecho necesario absoluto”. Por lo que no es actualmente posible establecer en los Convenios Colectivos cláusulas de jubilación forzosa». Con todo, dicha sentencia seguía diciendo que: «(...) La segunda es que la solución debe ser otra para las cláusulas de jubilación forzosa vigentes

en la fecha de la derogación de la Disposición Adicional 10.^a Estas tenían amparo legal en dicha norma. Y su derogación no supone la pérdida de su vigencia, dado que fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los Convenios en cuestión, cuyo equilibrio interno, construido sobre mutuas renunciaciones entre los recíprocos derechos de las partes negociadoras, debe salvaguardarse. Ello es conforme, además, con la Disp. Trans. Segunda del Código Civil».

El estado de la cuestión experimentó sin embargo una nueva variación al compás de una nueva Disposición Adicional 10.^a en el ET de 1995 merced a la Ley 14/2005. En suma, la actual normativa reguladora de la materia es más exigente y detallada que la anterior, que, sin embargo, ya requería para que pudiera merecer un juicio favorable de constitucionalidad la decisión empresarial de extinguir el contrato de un trabajador debido al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, merced a cláusulas fruto de la negociación colectiva, que una medida así sirviese para garantizar la oportunidad de trabajo a la población en paro, «por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo». A su vez, la Disposición Transitoria Única de la Ley 14/2005 prevé que «Las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. Lo dispuesto en el párrafo anterior no afectará a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor».

Dicho esto, si bien es cierto que en el precepto convencional examinado se establece el compromiso genérico de la Comunidad de Madrid obligándose a cubrir todos los puestos de trabajo que quedaran vacantes con motivo de la jubilación forzosa de sus titulares, sin disponer, eso sí, ninguna medida concreta de política de empleo, también lo es que en el caso de autos, producida la extinción del contrato del demandante el 13 de septiembre de 2010, aún está pendiente —a la fecha de interposición del recurso de suplicación— de concluirse el expediente de modificación de plantilla para su transformación en plaza de naturaleza funcionarial. Así las cosas, resulta de plena aplicación lo que esta misma Sección de Sala puso de relieve en su sentencia de 9 de abril de 2010 (recurso núm. 536/10), atinente, asimismo, a un supuesto de jubilación forzosa por edad de una trabajadora del SERMAS con base en las previsiones del Convenio Colectivo del Personal Laboral de esta Comunidad, declarando que se trató de un despido improcedente, ya que «el Hospital en que presta servicios la actora no ha empleado interinamente a ningún otro facultativo para suplir su vacante, ni iniciado el procedimiento adecuado para su definitiva cobertura». La misma solución se dio por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en su sentencia de 28-2-2007 que, «estimando el recurso de la demandante, declaró la improcedencia de su despido, por no haberse cubierto su plaza ni siquiera de forma interina».

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de octubre de 2011, IL J 201/2012, en relación con la jubilación forzosa de un trabajador a los 65 años llevada a cabo en base a la cláusula convencional del Convenio Colectivo de AENA (art. 152), considerando que dicha cláusula no es título suficiente que

habilite la decisión resolutoria y declarando despido improcedente. La Sentencia establece que, «(...) De conformidad con lo expuesto, no solamente es exigible que las medidas de política de empleo que amparan el cese forzoso por edad estén contenidas en el convenio colectivo, aunque no necesariamente en el mismo artículo que regula dicho cese, sino que también es necesario que en el texto pactado se haga una referencia expresa a la vinculación entre el cese por edad y las medidas de empleo. La jurisprudencia, interpretando la norma nacional, va en esta materia más allá de lo requerido por el TJCE, que en sentencias de 5-3-2009, (C-388/2007) y de 16 de octubre de 2007, asunto Palacios de la Villa (C-411/2005), interpretando la Directiva 2000/78 ha declarado que no es preciso que la norma que regula la jubilación forzosa contenga una enumeración precisa de los objetivos que justifican el establecimiento de excepciones al principio de prohibición de la discriminación por razón de edad, como las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional, dejando un amplio margen al juez nacional para verificar si otros elementos, propios del contexto general de la medida en cuestión, permiten la identificación del objetivo que subyace a esta medida. Por lo que se refiere a la obligatoriedad de establecer medidas de política de empleo en el ámbito de los convenios colectivos de la Administración, resultan ilustrativos los siguientes pasajes de las STS de 22-12-08: “Nuestra conclusión, con lo que ello implica de matización a la doctrina expuesta en nuestra sentencia de 14/05/08 (rco 56/07), relativa al Convenio Colectivo de la AEAT, es la de que los sujetos públicos no quedan eximidos de que se les aplique la DA 1.ª ET en los términos que previamente se han indicado, 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. Y tal conclusión se impone, pese a todo, porque en cuanto parte de relaciones laborales privadas, las Administraciones Públicas —y con mayor motivo los Entes Públicos Empresariales— están sujetas a las mismas reglas jurídicas que los demás empleadores, dado el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que para ellas establece el art. 103.1 CE (...)».

Igualmente, la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de noviembre de 2011, IL J 199/2012**, declara también que el cese de un trabajador debe ser considerado como despido improcedente, puesto que la jubilación forzosa por edad debe vincularse a objetivos de fomento del empleo expresados en el Convenio Colectivo, y el cese del actor no se ha acompañado con medidas que fomenten el empleo (su plaza ha quedado desierta) y se ha realizado sin ninguna contraprestación de las previstas en la Ley 14/2005.

Jubilación parcial y contrato de relevo

Las **Sentencias del Tribunal Supremo, u.d., de 23 de noviembre de 2011, IL J 130/2012, y de 26 de diciembre de 2012, IL J 156/2012**, se pronuncian sobre el acceso a la jubilación parcial y el contrato de relevo. En concreto, en la primera de ellas, la cuestión objeto de recurso consiste en determinar si es posible acceder a la jubilación parcial a partir de los 61 años (o 60, en el caso de los antiguos mutualistas) cuando, cumpliéndose todos los requisitos del artículo 166.2 de la LGSS, incluido el de haber celebrado un contrato de relevo simultáneo, el relevista no ocupa un puesto de trabajo igual o similar al del jubilado parcial pero su base de cotización es igual o superior al 65% de aquella por la que venía cotizando

el jubilado parcial. En base a una interpretación histórica y finalista del precepto debatido, la Sentencia considera que no es necesario que el puesto de trabajo del relevista sea igual o similar al del jubilado, bastando con que la base de cotización sea igual o superior al 65% de la que tenía el jubilado parcial. En la sentencia se argumenta que el legislador ha pretendido dos objetivos. Uno, coherente con la política de empleo, que la jubilación anticipada, aunque sea parcial, no se traduzca en la pérdida de puestos de trabajo: de ahí la exigencia de celebrar simultáneamente un contrato de relevo con al menos la misma duración que el tiempo que reste hasta la jubilación definitiva del relevado y con una jornada al menos igual al tiempo de reducción experimentada por la jornada de éste. Y el segundo objetivo es que los ingresos de la Seguridad Social no se vean mermados. Para ello exigió, en una primera versión de la norma, que los trabajos fueran iguales o similares lo que, implícitamente, suponía que tendrían parecidos salarios y, por ello, similares bases de cotización, que es lo realmente importante, desde este segundo punto de vista. Posteriormente, a raíz de la reforma introducida por la Ley 40/2007, abrió una doble vía para alcanzar la finalidad de la no merma en la recaudación: junto a la vía indirecta del trabajo igual o similar, la vía directa de la correspondencia de cotización, si bien parcial: de al menos el 65 por 100 y con esa redacción un tanto confusa acerca de los «requerimientos específicos» para obviar la igualdad o similitud de los trabajos y que quedaban a la espera de desarrollo reglamentario. Y, posterior y finalmente, la Ley 27/2011 —que, aunque no aplicable a nuestro caso, clarifica el panorama interpretativo— prescinde de la vía indirecta y se queda solamente con la directa: elimina de la letra e) del artículo 166.2 de la LGSS toda referencia al trabajo igual o similar o bien a los «requerimientos específicos» que impidan esa igualdad o similitud —así como la referencia a un futuro reglamento sobre esa cuestión— y mantiene exclusivamente la exigencia de la correspondencia de las bases de cotización al menos en el 65%.

Por su parte la **Sentencia del Tribunal Supremo de 26-12-2011, IL J 156/2012**, deniega el derecho a la jubilación parcial anticipada por no cumplir los requisitos legales, considerando que, cumplidos los requisitos personales, no existe un derecho subjetivo a la jubilación parcial desligado del resto de los requisitos.

d) Derecho transitorio

Pensión de jubilación SOVI y cotizaciones ficticias por nacimiento de hijo

En la **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 12 de diciembre de 2011, IL J 142/2012**, la cuestión que se plantea consiste en determinar si han de ser computables para reunir los 1.800 días de carencia exigidos para causar una pensión de vejez del régimen del SOVI los 112 días por cada parto de un solo hijo que la Disposición Adicional 44.^a LGSS, redactada de conformidad a la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, establece, cuando esos hijos han nacido después del 1 de enero de 1967, esto es, cuando el SOVI se había extinguido. La Sentencia recoge la doctrina ya unificada del Tribunal Supremo en diversas sentencias. En todas ellas se comienza por analizar la naturaleza de las pensiones de SOVI, reiterando que la naturaleza jurídica de las pensiones del sistema del SOVI se enmarca en un sistema de protección social que tiene un evidente carácter residual, del que deriva su conservación con arreglo a su propia normativa para las situaciones expresamente previstas en las disposiciones transitorias de la LGSS, sin que en principio les sean de aplicación los preceptos dictados para el actual sistema de la Seguridad Social.

Además, se ha afirmado la naturaleza subsidiaria de sus prestaciones, en el sentido de que se condiciona su reconocimiento a que «el posible beneficiario no tenga derecho a ninguna pensión en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social».

Partiendo entonces de esa naturaleza residual del SOVI y manteniendo esa doctrina anterior plenamente vigente, a la hora de interpretar la nueva previsión normativa contenida en la vigente Disposición Adicional 44.^a de la LGSS, la doctrina unificada por el Pleno de la Sala afirma que «... no puede obviarse que la misma ha sido introducida por la Disp. Ad. 18.^a 23 por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres... lo que obliga a abordar la cuestión suscitada en el litigio desde la perspectiva marcada por dicha Ley... cuya finalidad —art. 1.1— es la de “hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres”. En consecuencia, se afirma que la dimensión transversal que impregna toda la regulación de la igualdad contenida en la LOI-MH, ha de incidir en todos los ámbitos de actuación que están afectados por los principios de esa norma orgánica y “sin duda lo está la normativa laboral y de Seguridad Social”, incluyendo “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, porque la finalidad del precepto no es mejorar la vida laboral de las trabajadoras que hayan cotizado a la seguridad social, sino beneficiar a todas las mujeres cuando hayan de obtener beneficios prestacionales o sociales derivados de su actividad laboral, pues esa actividad laboral la que se ha visto afectada por la circunstancia derivada de su sexo».

Es cierto que las normas de Seguridad Social no se aplican al SOVI, pero la Disposición Adicional 44.^a LGSS no excluye expresamente a quienes estuvieron integradas en el SOVI. 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. El Tribunal Supremo señala que el beneficio otorgado en la Disposición Adicional 44.^a se aplica a todas las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la Ley de Igualdad —*ex* Disposición Transitoria 7.^a 3—, con independencia de la fecha de la legislación por la que se rijan. En consecuencia, el criterio para acudir a la suma de los 112 días ficticios es el de la fecha en que se cause la prestación y no la de la vigencia del régimen en que se cause.

Sin embargo, la doctrina anterior ahora debe ser completada partiendo también del carácter residual del SOVI, y de la imposibilidad de completar el periodo de carencia a ese sistema de previsión con posterioridad al 1 de enero de 1967, tal y como se desprende de la Disposición Transitoria 2.^a 1 de la Ley 24/1972, de 21 de junio, y de la Disposición Transitoria 7.^a de la actual LGSS. Por ello, la aplicación de los beneficios ficticios de la Disposición Adicional 44.^a LGSS únicamente podrán incidir en prestaciones que se correspondan con el momento, la fecha del alumbramiento de los hijos de que se trate, de manera que si éstos nacieron después del 1 de enero de 1967 no será posible imputar esas cotizaciones ficticias a un sistema de previsión inexistente en el momento en que se produjo el hecho.

Por el contrario, esas cotizaciones ficticias previstas en la Disposición Adicional 44.^a (112 días completos por cada alumbramiento de un solo hijo), sí podrían ser efectivas —salvo que se hubiese cotizado en la totalidad del periodo de 16 semanas— en el régimen general de la Seguridad Social, vigente desde la repetida fecha de 1 de enero de 1967, precisamente porque los partos tuvieron lugar en años posteriores a ese momento.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

b) *Requisitos del beneficiario*

La **STS de 17 de octubre de 2011, IL J 1444/2011**, resuelve la cuestión que surge en las hipótesis en que el trabajador solicita una prestación en el Régimen General de la Seguridad Social, habiendo cotizado sucesivamente a dicho Régimen y al de Autónomos, logrando el periodo de carencia por la suma de cotizaciones efectuada en los Regímenes, pero sin reunir en ninguno de ellos, aisladamente considerado, el citado periodo de carencia, planteándose si para determinar el periodo cotizado a cada uno de los Regímenes se han de tener en cuenta los días-cuota o tales días no deben computarse. La determinación del régimen aplicable encuentra su solución en el art. 35 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, donde se dispone con carácter general el cómputo recíproco de cotizaciones entre el Régimen General y el de Autónomos, con algunas salvedades. En el apartado c) del citado precepto se prevé que cuando el trabajador no hubiera reunido en ninguno de los regímenes por separado los periodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión se sumarán a tal efecto las cotizaciones correspondientes a todos, y dispone que, en tal caso, la pensión se otorgará por el régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones. Una vez determinada esta cuestión, y a los efectos de determinar los años de cotización, a que se refieren el art. 155 de la Ley General de la Seguridad Social, el art. 27 del Reglamento General de Prestaciones y los arts. 7 y 8 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967, la sentencia concluye que no se pueden tener en cuenta los «días-cuota» o días cotizados en razón de las pagas o gratificaciones extraordinarias. Por consiguiente, el cómputo de días-cuota se efectúa en el RETA y «en dicho régimen no cabe el cómputo de días-cuota, ya que al no existir gratificaciones extraordinarias no se cotiza por las mismas y, por lo tanto, no es posible computarlas». A mayor abundamiento, el pronunciamiento establece que, aun admitiendo a efectos meramente dialécticos que pudiera efectuarse el cómputo de días-cuota, en el asunto examinado dicho cómputo se efectúa a los solos efectos de aumentar el número de días cotizados en ese Régimen para que, a la vista de que es superior al número de días cotizados en el Régimen General de la Seguridad Social, la pensión de incapacidad permanente total se conceda en el mismo y no en el Régimen General. Por lo tanto, no extendiendo sus efectos a «conceder el derecho a la prestación» —cobertura del periodo de carencia preciso a tal fin— ni a «calcular la cuantía de las bases tarifadas», no pueden ser tenidos en cuenta los días-cuota del RETA para fijar los días cotizados en dicho Régimen.

d) *Dinámica de la protección*

La **STC 205/2011, de 15 de diciembre, IL J14/2012**, resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 6726-2009 y 6727-2009, planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre el apartado 2 del art. 143 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por posible vulneración de los arts. 14, 41, 43.1 y 2 y 49 CE.

Se enjuicia la cuestión de si el reconocimiento de la posibilidad de revisar en cualquier momento el grado de invalidez permanente únicamente a los pensionistas que ejerzan una actividad remunerada y no a los pensionistas que no trabajan vulnera el art. 41 o el art. 43 de la Constitución. El TC asienta su razonamiento en la idea de que, desde el punto de vista de la relación con el trabajo, que está en la base de la protección contributiva de la incapacidad, el agravamiento del grado del pensionista que trabaja constituiría un nuevo supuesto de incapacidad, equivalente al inicial y necesitado igualmente de declaración, mientras que ninguna de estas circunstancias concurre en el caso del pensionista que no trabaja, ya que no tiene que abandonar un trabajo como consecuencia del agravamiento de su incapacidad ni ve mermados por ello los ingresos que hasta la fecha venía percibiendo. Por supuesto, el pensionista que no trabaja también tiene derecho a la revisión de su grado de incapacidad, pero esta adecuación no tiene por qué ser inmediata, sino que admite plazos razonables de revisión.

El TC admite que el elemento del desarrollo de una actividad laboral puede justificar tratamientos diferenciados: «... las prestaciones por incapacidad permanente constituyen en el sistema contributivo de la Seguridad Social un instrumento de protección social frente a la pérdida de empleo y salario derivada de la situación de incapacidad, parece razonable pensar que la concurrencia o no con la pensión de una actividad laboral del pensionista será un dato que necesariamente habrá de tener alguna relevancia en la ordenación del sistema, en la medida en que incide sobre el objeto mismo de la protección. Puede por ello aceptarse, inicialmente, que dicha actividad laboral sea tomada en consideración por el legislador a diferentes efectos, para configurar un régimen jurídico de la protección diferenciado para los pensionistas que trabajan del de aquellos que no trabajan». Por otra parte, el art. 41 CE no conlleva «... un derecho del pensionista a la revisión automática de su grado de invalidez, de manera que el grado reconocido recoja de manera inmediata y sin ningún plazo de demora cualquier variación en el estado invalidante del mismo, sino que tal cuestión forma parte del ámbito de la libertad del legislador para la articulación técnica del sistema de protección». Para el TC, desde el punto de vista de la cobertura de las situaciones de necesidad que persigue el sistema de Seguridad Social (art. 41 CE), es claro que «no es igual la situación de quien, además de percibir una pensión pública por un estado de necesidad temporalmente desactualizado, realiza una actividad laboral y percibe por ello un salario, que la del que perdió su empleo como consecuencia de su estado incapacitante y no ha conseguido con posterioridad obtener ningún otro, a pesar de su mejoría, careciendo de toda renta salarial que complementa la pensión reconocida. Que en el primero de los casos se permita una revisión inmediata, manteniendo sometido el segundo a los plazos generales de revisión, no parece que constituya una regulación carente de sentido y justificación». La cuestión le resulta al TC aún más clara en el caso del agravamiento, pues en «el supuesto más factible de un pensionista de incapacidad permanente total que desempeñe un trabajo compatible con su estado de incapacidad y que vea agravado éste hasta el propio de una incapacidad permanente absoluta, lo que se produce es, por definición, una incompatibilidad prácticamente cierta entre el trabajo que se está desempeñando y las capacidades anatómicas o funcionales del trabajador resultantes de la agravación. El trabajador no puede seguir trabajando, dado que, por hipótesis, el grado de incapacidad agravado que padece le imposibilita para la realización de todo trabajo, por lo que, a partir de una nueva declaración de incapacidad, entraría en juego la causa de extinción del contrato de trabajo prevista

en el artículo 49.1.e) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET). Desde el punto de vista de la relación con el trabajo, que está en la base de la protección contributiva de la incapacidad, el agravamiento del grado del pensionista que trabaja constituye un nuevo supuesto de incapacidad, equivalente al inicial y necesitado igualmente de declaración. Y desde el punto de vista de la sustitución por la pensión de las rentas salariales perdidas, es también claro... que en este supuesto se produce una nueva pérdida de rentas salariales como consecuencia de la incapacidad, cuya compensación sólo puede lograrse a través del incremento de la pensión consecuenta con la revisión del grado de incapacidad»; pero ninguna de estas circunstancias concurre en «el caso del pensionista que no trabaja, que ni tiene que abandonar un trabajo como consecuencia del agravamiento de su incapacidad ni ve mermados por ello los ingresos que hasta la fecha venía percibiendo; tiene también derecho, obviamente, a la revisión de su grado de incapacidad, a fin de que éste refleje adecuadamente su estado real agravado y, consiguientemente, sus menores o nulas expectativas de poder encontrar un empleo en el futuro, pero esta adecuación no tiene por qué ser inmediata sino que admite plazos razonables de revisión, a diferencia del supuesto contrario». De todo ello concluye el TC que «... el diferente tratamiento que la ley ofrece a unos y otros pensionistas de incapacidad permanente en cuanto a la posibilidad de revisión del grado de pensión reconocido está basado en la toma en consideración de una circunstancia jurídicamente relevante, cual es el hecho de que el pensionista compatibilice o no su pensión con el ejercicio de una actividad laboral, por cuenta propia o ajena, circunstancia que justifica, sobre la base de consideraciones directamente relacionadas con el contenido y objeto del sistema de protección considerado, que el agravamiento o la mejoría del estado invalidante del pensionista deba tener un reflejo inmediato en el grado de incapacidad reconocido, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los pensionistas que no desempeñan ninguna actividad laboral, en que no concurren dichas circunstancias. En la medida en que el aplazamiento de la posibilidad de revisión en el caso de estos últimos es meramente temporal... y que su fijación ha tenido que establecerse con base en criterios técnicos susceptibles de revisión judicial, no puede considerarse que los efectos del tratamiento diferente resulten desproporcionados desde el punto de vista de la finalidad perseguida, ni su resultado excesivamente gravoso o desmedido. Se trata, por ello, de una diferenciación constitucionalmente lícita desde la perspectiva del artículo 14 CE».

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

En relación con la controversia ya debatida en estas páginas sobre la acreditación del requisito de existencia de una pareja de hecho a los efectos de reconocimiento de pensión al sobreviviente, y en concreto, sobre la interpretación que haya de darse al artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley 40/2007, cuando el causante y el pretendido beneficiario mantenían una relación de convivencia marital, sin que quede acreditado que tal unión se hubiera inscrito en registro público alguno ni que conste en documento público, las **SSTS de 28 de noviembre de 2011 y de 20 de diciem-**

bre de 2011 (IL J 54/2012 y 151/2012) siguen la doctrina jurisprudencial unificada (SSTS de 20 de julio de 2010, 3 de mayo de 2011 y 15 de junio de 2011), que se puede sintetizar en los siguientes tres 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.

De ello se concluye que la falta de acreditación por alguno de estos dos medios conlleva la denegación del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad. Son dos requisitos diferentes y simultáneos que han de concurrir para acceder a la pensión, concluye la **STS de 22 de noviembre de 2011 (IL J 46/2012)**.

Y la existencia de pareja de hecho se ha de acreditar mediante la inscripción formal como pareja de hecho en el registro correspondiente o en documento público, de tal manera que la falta de este requisito conlleva la denegación del derecho a la pensión de viudedad; por tanto, así como el requisito de la convivencia puede acreditarse a través de cualquier medio probatorio (admisible en derecho) y no solo por el certificado de empadronamiento, en cambio, el requisito de constar formalmente como pareja de hecho exige la prueba de su inscripción registral o documento público, tal como dispone el art. 174.3, párrafo cuarto, segundo inciso (precisión ya reiterada por el Supremo y que vuelve a recoger la **STS de 4 de octubre de 2011 (IL J 1435/2011)**). En relación con este requisito formal de acreditación de ser pareja de hecho, la **STS de 23 de enero de 2012** afirma que el libro de familia es un documento público que certifica el matrimonio y la filiación, pero no acredita la existencia de la pareja de hecho, pues argumenta que «no puede resultar en ningún caso acreditativo en este supuesto de otra cosa que no sea la filiación, pero en absoluto de la existencia de una relación de hecho de una pareja, cuestión totalmente ajena a la finalidad y función legal del Registro Civil. Por ello no cabe atribuir a este documento público la condición de prueba de la propia existencia de la pareja de hecho».

En relación con el requisito de convivencia la **STS de 12 de noviembre de 2010** reitera que el certificado de empadronamiento no es único medio de prueba, es un medio de prueba más, por lo que la convivencia puede acreditarse a través de cualquier otro medio probatorio; recuerda la citada sentencia «que hay una interpretación, mucho más acorde con el principio de igualdad constitucional, con el sentido histórico de la evolución normativa en que se inserta este nuevo art. 174.3 y con otros criterios hermenéuticos (...) que es considerar el certificado de empadronamiento como un medio probatorio más, entre otros posibles, lo que, además, tiene la ventaja de permitir la prueba en contrario, esta vez a favor del INSS: puede haber un falso certificado de empadronamiento (o que fue verdadero

en su día y ha dejado de serlo) que no se corresponde con una convivencia afectiva *more uxorio* real (que o bien nunca existió o que ha dejado de existir) y dicho certificado no debe prevalecer».

Por tanto es criticable la redacción del precepto (art. 174.3 de la LGSS), que mezcla circunstancias a acreditar y que distingue instrumentos de acreditación. Es evidente que tal prescripción legal entra en contradicción con cualquier interpretación que lleve a concluir que el certificado de empadronamiento es la única prueba admisible de la convivencia; añade que «es claro que la inscripción o el documento público tienen mucho mayor valor jurídico que el certificado de empadronamiento que, al fin y la postre, no refleja más que un hecho cambiante y aleatorio, como es la vecindad. Vecindad que, por mil motivos diferentes, por ejemplo por muy justificadas razones de trabajo y más en un mercado laboral tan móvil como el actual, puede ser distinta para ambos integrantes de la pareja de hecho —o de un matrimonio— sin que ello signifique absolutamente nada respecto a la existencia del vínculo en cuestión». Concluyendo, para la acreditación del requisito de convivencia el certificado de empadronamiento es un medio de prueba privilegiado, pero no excluye la acreditación de la convivencia por cualquier otro medio, afirma la **STS de 9 de junio de 2011 (IL J 1157/2011)**.

Cuestión distinta es, en los supuestos en que existe inscripción de la pareja de hecho como tal en el registro especial de uniones de hecho de la Comunidad Autónoma, la interpretación del alcance que haya de tener el requisito que se contiene en el artículo 174.3 LGSS, es decir, el requisito de estar inscrito como pareja de hecho al menos dos años antes del fallecimiento, y su repercusión en un supuesto en el que la inscripción se realizó sólo tres meses después de la entrada en vigor de la referida norma, pero el fallecimiento ocurrió antes de que el plazo de dos años previsto legalmente en aquella pudiera cumplirse y habiendo convivido con el causante de manera ininterrumpida unos 12 años, supuesto en el que la **STS de 28 de noviembre de 2011 (IL J 58/2012)** acertadamente va a reconocer el derecho a la pensión.

En efecto, como ya hemos indicado en anteriores comentarios, en el párrafo cuarto del número 3 del artículo 174 se contienen dos simultáneos requisitos para que el miembro superviviente de la «pareja de hecho» pueda obtener la pensión de viudedad: de un lado, la convivencia estable e ininterrumpida durante el periodo de cinco años, a acreditar mediante empadronamiento, o por cualquier otro medio de prueba, con especial poder de convicción, particularmente documental, y de otro la publicidad de la situación de convivencia *more uxorio*, imponiendo —con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento— la inscripción en el registro de parejas de hecho (en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia) o la constancia de su constitución en documento público. Por ello, la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes (o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales), y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho —pensión— únicamente corresponde a las «parejas de derecho» y no a las genuinas «parejas de hecho». Por tanto, nos encontramos, no ante una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo, sino

ante dos exigencias diferentes: una material (de convivencia) y otra formal (de verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho).

Partiendo de esa doctrina como base, la particularidad del caso consiste en que, partiendo de la innegada convivencia prolongada de la demandante con el causante mucho más allá de los cinco años que exige la norma, el problema radica en que fue la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que entró en vigor el 1 de enero de 2.008, la que estableció por primera vez el requisito de la inscripción en un Registro oficial o específico existente en la Comunidad Autónoma para acreditar la existencia de la pareja de hecho, inscripción que debería tener lugar con una antelación mínima de dos años a la fecha del fallecimiento del causante. Pues bien, en este caso, esa inscripción la llevaron a cabo la solicitante de la prestación y el causante fallecido 3 meses y 5 días después de la entrada en vigor de aquella Ley. Por otra parte, tal actuación de la pareja se produjo de conformidad con lo que previene la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de la Comunidad de Andalucía; pues bien, para reconocer el derecho, la sentencia argumenta acertadamente que «al no contener la Ley 40/2007 previsión temporal alguna para supuestos como éste (a diferencia de las prestaciones correspondientes a los fallecimientos ocurridos antes de su entrada en vigor) no cabe exigir, cuando concurren el resto de las previsiones legales, el cumplimiento literal del referido requisito temporal en los casos en los que tal cumplimiento deviene imposible y queda constancia de que la pareja ha llevado a cabo su pública inscripción con una diligencia adecuada, puesto que esa misma se produjo a los dos meses y unos días de la entrada en vigor de la Ley, tiempo aquél razonable y revelador de una adecuada diligencia en quienes se inscribieron como pareja de hecho en el registro, después de reunir la documentación que exige el artículo 5 de la referida norma autonómica».

También es un supuesto distinto el reconocimiento de la pensión de viudedad en los supuestos de fallecimiento del causante antes del año del matrimonio a causa de enfermedad previa al matrimonio. En estos supuestos, para tener derecho a pensión de viudedad se ha de acreditar una convivencia de hecho previa (ésta se acredita por cualquier medio de prueba, como ya hemos comentado), sin ser de aplicación a este supuesto el requisito para las parejas de hecho de inscripción en registro público o documento notarial (de una respuesta u otra dependería el acceder a la pensión de viudedad propiamente dicha o, por el contrario, solamente a la prestación temporal de viudedad contemplada en el artículo 174 bis de la LGSS). Debe recordarse que en el artículo 174.1, párrafo tercero, segundo inciso, se establece que «no se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años». Más concretamente, el problema interpretativo reside en determinar el alcance de la expresión «en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3» del propio artículo 174. La interpretación correcta la realiza la **STS de 26 de enero de 2011**, que afirma que «está claro que con tal mandato el legislador únicamente está imponiendo que se cumpla el expresamente citado requisito de la convivencia (por dos años, menos la duración que haya tenido el propio matrimonio), a justificar por el correspondiente empadronamiento (u otro singular medio de prueba), sin que en forma alguna sea también exigible —para esa convivencia prematrimonial— el requisito de inscripción o escritura pública, que es propio de la pensión

correspondiente a la «pareja de hecho» cuyo miembro superviviente pretende el derecho a la pensión, y cuya razón de ser (acreditamiento fehaciente del compromiso de convivencia) ya está cumplidamente atendido por el propio matrimonio posterior; porque —insistimos— el supuesto de que tratamos se encuadra en la vía matrimonial para el acceso a la prestación de viudedad».

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

XII. EL PROCESO LABORAL

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA.
 - A) **Relación laboral: comisionista.**
 - B) **Conflicto colectivo. Profesores de enseñanza privada concertada.**
 - C) **Personal laboral del servicio público de salud.**
 3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA.
 - A) **Tutela libertad sindical. Subvenciones.**
 - B) **Transportistas. TRADE.**
 - C) **Socio trabajador.**
 - D) **Inexistencia de relación laboral. Odontólogo.**
 - E) **ERE. Reclamación por despido.**
 - F) **Futbolista profesional. Derechos de imagen.**
 4. EXCEPCIONES.
 - A) **Inadecuación de procedimiento.**
 - B) **Prescripción.**
 - C) **Caducidad.**
 - D) **Falta de legitimación activa.**
 - E) **Cosa juzgada.**
 5. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN.
 - A) **Despido improcedente de excedente voluntario.**
 - B) **Error inexcusable.**
 6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN. INCOMPETENCIA FUNCIONAL POR RAZÓN DE LA CUANTÍA.
 7. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. FALTA DE CONTRADICCIÓN.
 8. RECURSO DE REVISIÓN. DOCUMENTOS QUE HABILITAN EL RECURSO.
 9. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. DESPIDO IMPROCEDENTE. PLAZO.
-

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 12 del año 2011 y 1 y 2 del año 2012 de la *Revista Información Laboral*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Relación laboral: comisionista

Es competente la jurisdicción social para conocer de la demanda por despido interpuesta por la demandante quien, en virtud de un contrato de comisión mercantil suscrito con una empresa, asumió la gestión de un punto de venta de prensa, revistas, libros, papelería y productos varios titularidad de la empresa, percibiendo por ello una comisión sobre el importe de las ventas realizadas. La **STSJ de Madrid de 8 de septiembre de 2011**, IL J 1465/2011, llega a esa conclusión porque considera que la demandante no tenía autonomía para organizar la actividad, debiendo seguir en todo momento las instrucciones impartidas por la empresa.

B) Conflicto colectivo. Profesores de enseñanza privada concertada

La **STS de 14 de octubre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 33/2012, analiza la competencia de la jurisdicción social en un conflicto colectivo planteado con motivo de la reducción salarial aplicada con base en la normativa aprobada en la Comunidad Autónoma de Extremadura para la reducción del déficit público. El TS declara la competencia de la jurisdicción social para conocer de la demanda planteada, al tener ésta por objeto una reclamación salarial que tiene su origen en el contrato laboral existente entre los profesores y la Administración, siendo en consecuencia de aplicación el art. 9.5 LOPJ.

C) Personal laboral del servicio público de salud

La **STS de 21 de noviembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 42/2012, declara la competencia de la jurisdicción social para conocer de la demanda interpuesta por un médico, personal laboral de una Administración pública autonómica. La demanda tenía por objeto la impugnación de la valoración que dicha Administración realizó sobre de sus meritos profesionales, lo que tenía implicaciones en la retribución a percibir por el demandante.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Tutela libertad sindical. Subvenciones

En un procedimiento de tutela de libertad sindical, la **STS de 11 de octubre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1441/2011, señala que la jurisdicción social es incompetente para resolver la

demanda interpuesta por un sindicato con motivo de la falta de publicación de la orden anual de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, por la que se fijan las subvenciones para las entidades sin finalidad de lucro. El sindicato (como beneficiario de dichas subvenciones en años anteriores) entiende que esta actuación vulnera su derecho a la libertad sindical al privarle de recursos económicos para realizar actividades formativas. El TS considera que el orden jurisdiccional competente es el contencioso-administrativo, en tanto que lo que se está impugnando son las consecuencias jurídicas de la falta del acto administrativo al que el demandante atribuye la vulneración de su derecho fundamental.

B) Transportistas. TRADE

El orden social de la jurisdicción es incompetente para conocer de las reclamaciones de cantidad presentadas por los transportistas con motivo de la extinción de sus contratos mercantiles celebrados con anterioridad a la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo. Así, la **STS de 6 de octubre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1496/2011, sostiene la inaplicación de las previsiones legales establecidas para los TRADE al supuesto que se analiza, en el que, pese a haber comunicado el transportista su condición de TRADE al cliente, el contrato se extinguió sin que éste se hubiera novado y antes de que se hubiera publicado el RD 197/2009. Un supuesto similar al descrito se plantea en la **STS de 24 de noviembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 112/2012, resolviéndose en el mismo sentido. Asimismo, son de interés las **SSTS de 28 de noviembre de 2011**, ambas de la Sala Cuarta, IL J 56/2012 y 62/2012, en las que se desestiman por incompetencia las demandas interpuestas por los transportistas quienes, en este caso, no habían comunicado su condición de TRADE a sus respectivos clientes.

C) Socio trabajador

La **STS de 21 de noviembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 39/2012, declara la incompetencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la demanda planteada por un socio trabajador quien, con motivo de la sanción de expulsión impuesta por la empresa, solicita el reembolso de las aportaciones que efectuó para ingresar como miembro de la empresa.

D) Inexistencia de relación laboral. Odontólogo

Sostiene la **STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2011**, IL J 76/2012, la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda de oficio interpuesta por la Inspección de Trabajo, en la que solicita que se declare el carácter laboral de la relación de arrendamiento de servicios existente entre el odontólogo y una clínica dental. El TSJ considera que en el caso enjuiciado no concurren las notas de dependencia y ajenidad características de la relación laboral, calificando dicha relación de naturaleza mercantil y no laboral.

E) ERE. Reclamación por despido

La **STSJ de Galicia de 29 de septiembre de 2011**, IL J 1488/2011, considera que el orden social de la jurisdicción es incompetente para conocer de la demanda interpuesta por una

trabajadora con motivo de la extinción de su contrato laboral realizada al amparo de la autorización administrativa en el marco del ERE, siendo el orden contencioso-administrativo el competente.

F) Futbolista profesional. Derechos de imagen

En la demanda presentada por un futbolista profesional en reclamación de cantidad, la **STSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2011**, IL J 192/2012, declara la incompetencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la cantidad que se reclama en concepto de derechos de imagen, al haber cedido el futbolista profesional dichos derechos a un tercero, lo cual conlleva la pérdida del carácter salarial de las cantidades abonadas en tal concepto.

4. EXCEPCIONES

A) Inadecuación de procedimiento

La **SAN de 13 de enero de 2012**, IL J 109/2012, estima la excepción de inadecuación de procedimiento respecto de la modalidad de conflicto colectivo. En el marco del Convenio Colectivo de Registradores de la Propiedad y Mercantiles se convocaron exámenes de promoción, convocatoria impugnada por entender que vulneraba el citado convenio. La sentencia establece que, si ya ha tenido lugar la adjudicación de las plazas, el procedimiento adecuado para impugnar dichas convocatorias no es el procedimiento de conflicto colectivo, remitiendo a la parte actora al procedimiento ordinario.

B) Prescripción

La **STS de 24 de enero de 2012**, Sala Cuarta, IL J 165/2012, se dicta en relación con la ejecución de una sentencia en la que se declara la improcedencia de un despido. El TSJ declaró prescrita la acción de ejecución por haber transcurrido más de tres meses desde la firmeza de la sentencia. El TS considera que sí ha prescrito la acción de ejecución de la readmisión, pero no la acción de ejecución de los salarios de tramitación contenidos en el fallo de la sentencia, puesto que a la ejecución de esta parte de la condena le es de aplicación el plazo de prescripción general de un año. La **STS de 27 de diciembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 158/2012, declara que el hecho de haber desistido de una demanda no invalida el efecto de interrupción de la prescripción que el ejercicio de acciones conlleva. Por tanto, a pesar de que el actor desistiera, éste puede volver a interponer la acción si no deja transcurrir el nuevo plazo de prescripción que se abre tras la interrupción producida por el procedimiento previo. Sobre el mismo objeto se pronuncia la **STS de 20 de octubre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1446/2011. Esta sentencia declara prescrita una acción de reclamación de cantidad por aplicación de la categoría superior reconocida por la sentencia de despido, dictada en abril de 2007 y que devino firme en abril de 2008. El actor había presentado, junto con la demanda por despido, una demanda de reclamación de cantidad de la que desistió, en mayo de 2007. El actor vuelve a plantear la reclamación de cantidad

en junio de 2008. El TSJ fijó el *dies a quo* en la firmeza de la sentencia de despido. Por el contrario, el TS considera que, al no existir litispendencia (sin perjuicio de la eventual cosa juzgada), el *dies a quo* se sitúa en el momento en el que el actor desistió de su acción, volviendo a contar el plazo de un año. La **SAN de 25 de enero de 2012**, IL J 123/2012, se dicta en relación con la reclamación de un sindicato para que a los trabajadores temporales, a los que se había convertido en indefinidos, se les reconociera el periodo de temporalidad a los efectos de su progresión salarial. Si bien el sindicato interpuso la reclamación tras cuatro años desde la conversión, la AN considera que no es de aplicación la institución de la prescripción por cuanto se trata de una obligación de tracto sucesivo. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 21 de noviembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 41/2012: no es aplicable en este caso la institución de la prescripción, ya que el ascenso por antigüedad es una obligación de tracto sucesivo. Por su parte, la **SAN de 20 de diciembre de 2011**, IL 25/2012, declara que la acción contra una modificación sustancial interpuesta cinco años después de la efectividad de la medida está prescrita, ello incluso si no se siguió el procedimiento del art. 41 ET. La **STSJ de Murcia de 3 de octubre de 2011**, IL J 172/2012, declara prescrita la acción para reclamar daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo que tuvo lugar en 2001. No obstante, y en atención a que tuvo lugar una revisión por agravamiento, el TSJ declara que en el momento en el que se fijan las nuevas lesiones por agravamiento se reabre el plazo para reclamar los daños y perjuicios derivados de las lesiones vinculadas a la agravación.

C) Caducidad

La **STS de 28 de noviembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 59/2012, declara la no caducidad de un acción cuando ha sido la Administración quien ha comunicado un plazo erróneamente. La Diputación Provincial de Sevilla dictó resolución en 2008 imponiendo a un trabajador una sanción. En la resolución se le comunicaba un plazo erróneo para interponer demanda si la reclamación previa era desestimada. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 7 de octubre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1439/2011. La **STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) de 27 de octubre de 2011**, IL J 1506/2011, resuelve un procedimiento de despido. La parte demandada alegaba caducidad por cuanto la trabajadora conoció la extinción de su contrato de trabajo en el momento en el que la Administración Pública resolvió el contrato de prestación de servicios que mantenía con su empleadora. El TSJ considera que no existe caducidad porque la publicación de la Orden que resuelve el contrato administrativo no permite concluir que la trabajadora tenía conocimiento de la extinción de su contrato de trabajo; por el contrario, dicho conocimiento lo tuvo el día en el que trató de reincorporarse al inicio del curso escolar y no se le permitió.

D) Falta de legitimación activa

En la **STS de 15 de diciembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 144/2012, se estima la falta de legitimación activa de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales para reclamar el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas por un trabajador en situación de incapacidad temporal. La legitimación activa en estos supuestos corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social, previa comunicación por la Mutua.

E) Cosa juzgada

En la **STS de 17 de noviembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 37/2012, de aplica de oficio el efecto positivo de la cosa juzgada, por concurrir identidad subjetiva entre las partes del procedimiento y las de un proceso previo, así como existir conexión entre los pronunciamientos de ambas sentencias. El primer procedimiento (en materia de despido) había declarado cuál era el convenio colectivo aplicable, y en el segundo procedimiento (de reclamación de cantidad) se solicitaban diferencias salariales alegando que era otro el convenio colectivo que debió aplicarse. En el caso que analiza la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de septiembre de 2011**, IL J 1469/2011, relativo a la procedencia del abono del 40% de las indemnizaciones por parte del FOGASA, se desestima la excepción de cosa juzgada por cuanto no concurre el elemento subjetivo de identidad que exige el art. 222.3 LEC respecto de un anterior procedimiento. En concreto, se establece que el FOGASA no fue parte en el anterior procedimiento. Aunque el Tribunal mantiene el valor probatorio de la sentencia anterior, declara que dicha resolución no puede imponerse al órgano judicial encargado del segundo procedimiento.

5. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Despido improcedente de excedente voluntario

Procede la condena al abono de salarios de tramitación en el caso de un trabajador excedente no readmitido de forma injusta. La **STS de 19 de diciembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 67/2012, declara expresamente que, aun cuando durante la excedencia el trabajador no percibe retribución de ningún tipo, sí procede la condena al abono de salarios de tramitación desde la fecha en la que se debería haber incorporado y no lo hizo por negativa empresarial —expresa o tácita— al reingreso.

B) Error inexcusable

Reiterando la tesis contenida en la STS de 15 de abril de 2011, la **STS de 23 de diciembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 155/2012, declara que no existe error excusable en la consignación de la indemnización por despido improcedente, por lo que procede la condena al pago de salarios de tramitación. En el caso enjuiciado, la trabajadora había venido prestando servicios sin solución de continuidad para dos empleadoras del sector de telemarketing mediante dos contratos de obra vinculados al mismo cliente. El TS entiende de aplicación a este supuesto el art. 44 ET y, en consecuencia, la subrogación de la segunda empleadora en las obligaciones laborales de la anterior «(...) lo que, desde luego, incluye el reconocimiento de la antigüedad a todos los efectos (...)».

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN. INCOMPETENCIA FUNCIONAL POR RAZÓN DE LA CUANTÍA

La **STS de 11 de octubre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 117/2012, sostiene la falta de competencia funcional del TSJ para conocer del recurso de suplicación por razón de la cuantía.

De este modo, la Sala repone las actuaciones al momento en el que el Juzgado de lo Social dictó la sentencia en instancia (declarando expresamente su firmeza). La Sala argumenta que no se acreditó por el trabajador que los dos días que le fueron descontados de su nómina por no acudir al trabajo a causa de la hospitalización de su hija para dar a luz ascendieran a un importe suficiente para alcanzar el límite cuantitativo competencial establecido en el art. 189.1.º LPL. Por otra parte, pese a que el recurrente alegó afectación general, la Sala no la aprecia al no percibir de forma patente y notoria un grado de litigiosidad o conflictividad suficientes, sin perjuicio de que, además, dicha supuesta afectación general no fue objeto de prueba por el recurrente en el momento procesal oportuno.

7. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. FALTA DE CONTRADICCIÓN

La **STS de 11 de octubre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1406/2011, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina al apreciar falta de contradicción. El objeto del recurso presentado por el INSS se centraba en esclarecer si procedía incluir los días-cuota de las pagas extraordinarias para el cálculo del importe de la pensión de incapacidad de un trabajador. La sentencia de contraste aportada por el organismo recurrente trataba de determinar si debían incluirse los días-cuota de las pagas extraordinarias para el cálculo del importe de la *pro rata temporis* que corresponde abonar a la Seguridad Social española en una pensión de incapacidad permanente, para cuyo cálculo se habían tenido en cuenta cotizaciones hechas en España y en Suiza. La Sala aprecia la falta de contradicción entre ambas resoluciones considerando que, mientras que en la sentencia recurrida se pretendía incrementar el importe de la base reguladora de la prestación, en la sentencia invocada de contraste se pretendía modificar el reparto de la prestación en virtud del principio *pro rata temporis* (basándose esta decisión, a diferencia de lo que ocurre en la sentencia recurrida, en el Reglamento CE/1408/71). Por otra parte, la **STS de 20 de octubre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 15/2012, aprecia la falta de contradicción en materia de reclamación de cantidad. De este modo, la trabajadora de una empresa cuyo objeto social era, entre otros, la externalización de servicios de hostelería y restauración en general, solicitaba el abono de diferencias salariales respecto del convenio colectivo provincial de hostelería de Álava, al considerar que el convenio colectivo que su empleadora le venía aplicando (el propio de la empresa) era incorrecto. La sentencia recurrida había revocado en parte la sentencia desestimatoria del juzgado de lo social, declarando de aplicación el convenio colectivo del sector de hostelería (hasta enero de 2010) y, a partir de esa fecha y ante la falta de nueva negociación del convenio sectorial provincial, el propio de la empresa. El TS aprecia falta de contradicción ya que, mientras que en la sentencia recurrida se consideró que el objeto social de la empleadora era la prestación de servicios «para» hostelería (aspecto gramatical éste en el que la sentencia insistía), en la sentencia de contraste aportada (que consideraba la correcta aplicación del convenio colectivo de empresa) se tuvo en cuenta que la empleadora era una empresa multiservicios, objeto que nada tenía que ver con la actividad hostelera. Finalmente, la **STS de 5 de diciembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 113/2011, analiza un supuesto en el cual se trata de determinar (i) si, tal y como se consideraba en la sentencia recurrida, la naturaleza de la relación jurídica que vinculaba a una redactora con

la entidad periodística que la había contratado constituía una relación laboral (para confirmar la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la acción de despido ejercitada y mantener la declaración de improcedencia del despido impugnado), o (ii) si, por el contrario, la naturaleza de la relación jurídica no constituía una relación laboral (para decretar la incompetencia del orden jurisdiccional social). La Sala desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad periodística al considerar que no concurre el requisito o presupuesto de contradicción entre sentencias. Aun cuando las situaciones recogidas en ambas sentencias guardan muchos puntos de coincidencia, la Sala considera que no son sustancialmente idénticas, al no coincidir en sus datos fácticos esenciales a los efectos de perfilar la naturaleza de la relación jurídica que unía a las partes litigantes. En concreto, la Sala aprecia esta falta de contradicción respecto al objeto y forma de desarrollo de la actividad por parte de la colaboradora, así como respecto a las interrelaciones con la empresa periodística y, muy especialmente, respecto al abono de una retribución fija mensual (supuesto de la sentencia recurrida) y en la exigencia de facturación por trabajos realizados (supuesto de la sentencia de contraste). Asimismo, la falta de contradicción también se aprecia respecto de la obligación de realizar una columna diaria o un número determinado de colaboraciones en un período temporal (supuesto de la sentencia recurrida), obligación inexistente en la sentencia de contraste.

8. RECURSO DE REVISIÓN. DOCUMENTOS QUE HABILITAN EL RECURSO

En la **STS de 12 de enero de 2012**, Sala Tercera, IL J 162/2012, se analiza un supuesto en el cual un empresario fue objeto de 15 sanciones por infracciones muy graves, al haberse constatado la contratación de trabajadoras extranjeras (para ejercer actividades de alterne) sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de trabajo. La sentencia confirmatoria dictada por la Sala de Suplicación fue objeto posteriormente de recurso de revisión por parte de la empresa sancionada, el cual se basó en la existencia de dos sentencias. La primera de estas sentencias, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cáceres y que enjuiciaba supuestamente los mismos hechos que los de la sentencia recurrida, señalaba que entre la empresa y las trabajadoras extranjeras no existía relación laboral alguna y que tales hechos carecían de tipicidad penal. La segunda de las sentencias, dictada en apelación de un recurso interpuesto por una sanción por unos hechos semejantes a los enjuiciados en la sentencia objeto de revisión, estimaba el recurso de apelación, ya que la sentencia del Juzgado de lo Penal declaraba no probados todos los hechos que —constatados en el acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social— sirvieron de base a la juez de instancia para estimar acreditada la relación laboral y, por tanto, la existencia de la infracción administrativa imputada al recurrente. Pues bien, la Sala Tercera desestima el recurso de revisión al considerar que la primera de estas sentencias no puede considerarse como un documento «retenido» por fuerza mayor, o por obra o acto de la parte favorecida con la resolución firme y que, en cualquier caso, fue dictada con posterioridad a la fecha de la sentencia cuya revisión se postula, y en la misma se enjuician unos hechos diferentes a los que fueron objeto de la sentencia cuya revisión se insta. Respecto a la segunda de las sentencias aportadas a efectos del recurso de revisión, la Sala Tercera considera que ésta no era en ningún caso «indisponible» antes del fallo ahora

recurrido, ya que le fue notificada a la empresa recurrente con anterioridad a la fecha de notificación de la sentencia que se recurre en revisión y, por tanto, podía haberse aportado por ésta al procedimiento tramitado en la instancia.

9. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. DESPIDO IMPROCEDENTE. PLAZO

La **STS de 24 de enero de 2012**, Sala Cuarta, IL J 165/2012, analiza si la solicitud de ejecución de una sentencia de despido improcedente —incidente de no readmisión— presentada más allá de los tres meses establecidos en el art. 277.2 LPL, supone —tal como se entendió en la sentencia recurrida— la prescripción de cualquier cantidad referida a la sentencia de despido (incluidos los salarios de tramitación contenidos en la propia sentencia); o si, por el contrario, los efectos prescriptivos se han de proyectar únicamente sobre los que se refieran al propio incidente de no readmisión, aplicándose la prescripción de un año prevista en el art. 241 LPL para la ejecución de la sentencia de despido en lo que se refiere a los salarios de tramitación fijados en la sentencia de despido (tal y como se afirmaba en la sentencia de contraste). La Sala casa y anula la sentencia recurrida al considerar que en la sentencia de despido improcedente se contienen en realidad dos condenas distintas: una referida a una obligación de hacer (readmisión del trabajador cuando la empresa no ejercita la opción legal), y otra referida a una obligación de abonar una cantidad concreta y líquida (salarios de tramitación comprendidos entre la fecha del despido y la de la notificación de la sentencia). En consecuencia, el TS considera que los salarios de tramitación correspondientes al despido contenidos en el fallo de la sentencia constituyen una cantidad concreta y susceptible de ejecución independiente de manera que, para el ejercicio de la acción de ejecución a ellos referida, se habrá de estar al plazo general de un año que se deduce de lo previsto en los apartados 1 y 2 del art. 241 LPL.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
LUIS AGUILAR ROMERA
MARÍA ÁNGELA ÁLVAREZ VÁZQUEZ
ANA NAVASCUÉS SARRATEA

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.
 - A) **Incumplimiento del deber de seguridad.**
 - B) **Equipos de trabajo.**
 - C) **Responsabilidad solidaria.**
 - D) **Requisitos de la responsabilidad penal.**
 - E) **Delimitación de la responsabilidad contractual y extracontractual.**
 - F) **Indemnización por daños y perjuicios: criterios generales.**
 2. EL RECARGO DE PRESTACIONES.
 - A) **Procede.**
 - B) **Concepto de imprudencia temeraria.**
 - C) **Cuantía.**
 - D) **Por exposición al amianto.**
-

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica jurisprudencial se ofrece una sucinta referencia de las sentencias relativas a la seguridad y salud laboral, publicadas en la *Revista de Información Laboral* (edición digital), números 12, de 2011, y 1-2, de 2012.

1. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A la hora de determinar el alcance de la responsabilidad empresarial los Tribunales fundamentan su decisión en el contenido de la deuda de seguridad, el deber incondicionado y prácticamente ilimitado y sus excepciones por actos imprevisibles o inevitables pese a la observancia de la diligencia debida empresarial. Otro aspecto común a dichos pronun-

ciamientos es fijar los requisitos de la responsabilidad empresarial. Por todas, y para estas cuestiones generales, véase la ya tradicional doctrina de la **Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2010**.

Ahondando un poco en el **conjunto de responsabilidades** merece la pena destacar el fallo del **Juzgado de lo Social de Madrid, de 13 de febrero** (IL J 167/2012), siguiendo la doctrina del TS de su fallo de 30 de enero de 2008, que señala tres responsabilidades: a) la objetiva, con la indemnización tasada que representan las prestaciones de Seguridad Social, cuando procede, atendidas por las exclusivas cotizaciones del empresario, que actúan como seguro de responsabilidad del empleador en el marco de un sistema de cobertura de carácter público; b) la derivada de la existencia de un recargo de aquellas prestaciones, por la vía del art. 123 LGSS, cuando concurre un plus de reprochabilidad por incumplir las reglas técnicas impuestas como medidas de seguridad y prevención; y c) la civil, de naturaleza contractual (art. 1101 CC), por concurrir culpa o negligencia.

A) Incumplimiento del deber de seguridad

La STSJ de Galicia de 13 de octubre de 2011 (IL J 95/2012) considera que el empresario ha vulnerado de manera genérica su deber de seguridad al encargar una labor de riesgo a un trabajador que poseía una capacidad intelectual limitada, tanto física como intelectualmente, no habiéndole proporcionado ni la formación necesaria ni la ropa adecuada para el desempeño de la tarea asignada. Otro caso de incumplimiento del deber de seguridad es el enjuiciado en la **STSJ de Aragón de 18 de octubre de 2011** (IL J 1502/2011), en el que se prueba que el trabajador sufrió el accidente por el estado de los neumáticos del camión que conducía al estar en mal estado de conservación, no admitiéndose la alegación de la empresa de que dicho vehículo había superado la ITV dos meses antes.

B) Equipos de trabajo

En su fallo de 29 de julio de 2011, el TSJ de Asturias (IL J 1456/2011) condena al empresario por incumplimiento del deber empresarial de suministrar el equipo de trabajo en condiciones idóneas y de velar por su correcta utilización. En este caso, el accidente se produjo por una inadecuada utilización de una grúa-puente para la elevación de cargas sin que el trabajador apreciase que las cadenas utilizadas en el desplazamiento de la carga carecían de pestillo y sin haber recibido la previa y necesaria formación en la utilización de la grúa-puente, careciendo igualmente de supervisión o de auxilio de otra persona. Idéntica calificación merece el hecho de que el trabajador sufriese un accidente por no llevar los zapatos de seguridad de hierro en la cámara congeladora en la que prestaba la actividad, vulnerándose los principios básicos de las políticas de acción preventiva en la empresa —**STSJ de Baleares de 28 de septiembre de 2011** (IL J 1485/2011)—.

C) Responsabilidad solidaria

En su pronunciamiento de **13 de octubre de 2011** (IL J 95/2012), el **TSJ de Galicia** condena solidariamente a las empresas involucradas en el accidente por tratarse de contratas

de la misma actividad y en el centro de trabajo del empresario principal, incumpléndose el deber de vigilancia que pesa sobre el empresario principal y que es extensible al contratista en relación con el subcontratista. Queda probado que el trabajador accidentado, pese a haber sido contratado para trabajos de fabricación de estructuras metálicas, recibió el orden de proceder a nivelar en marcha una máquina que pertenecía a la empresa principal, dedicada a la fabricación de aglomerado de madera.

La **STSJ de Aragón de 31 de enero de 2011** (IL J 208/2012) analiza el concepto de propia actividad y centro de trabajo. Considera que la instalación en donde se produjo el accidente laboral puede equipararse a lo que es un centro de trabajo, a pesar de que la misma esté en el campo y al aire libre, pues se trata del área geográfica de la propia actividad de la empresa, en donde se hallan los materiales que son de su propiedad o están a su disposición, mediante los cuales realiza aquélla y cuya conservación y mantenimiento le correspondía.

D) Requisitos de la responsabilidad penal

La **SAP de Guadalajara de 2 de diciembre de 2011** (IL J 1421/2011) aplica la doctrina general de la responsabilidad penal del empresario de los arts. 316 y 317 del CP. En ella se señala que el art. 316 es una norma penal en blanco que se remite a la legislación específica para determinar cuáles son las medidas de seguridad adecuadas cuyo incumplimiento acciona el tipo penal, siendo en este caso la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Se trata de un delito especial que puede cometerse por acción u omisión y que exige que se afecte el bien jurídico protegido, que es el peligro grave la vida, salud e integridad física de los trabajadores. Ello implica que si no existe este riesgo el delito no se comete. Además, y en cuanto al elemento subjetivo al tratarse de un delito doloso, el sujeto activo debe establecer, de forma consciente y voluntaria, unas condiciones de trabajo que suponen una grave infracción de las condiciones de seguridad en el trabajo, poniendo en grave riesgo la seguridad de los trabajadores. Por lo tanto, la gravedad del incumplimiento de las obligaciones empresariales es la que determina la aplicación del tipo penal, gravedad que se determinará atendiendo a dos factores: la posibilidad de que el daño realmente se produzca y la entidad del daño en el caso de que llegara a producirse. En concreto, el peligro ha de ser concreto, definible en sus características y eventuales consecuencias, no bastando la generalidad o abstracción de una cierta contingencia dañosa. Sin estas notas de concreción y gravedad, el incumplimiento no trascenderá de una infracción administrativa. Por lo que se refiere al art. 317 será de aplicación cuando exista falta de previsión exigible de la integridad del riesgo.

E) Delimitación de la responsabilidad contractual y extracontractual

La **Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid de 13 de febrero de 2011** (IL J 167/2012) señala las diferentes responsabilidades civiles del empresario. El punto de partida es el principio de diligencia de la empresa que, junto con el de causalidad adecuada entre la conducta y el daño causado, define una responsabilidad en la que de forma inexcusable se exige la concurrencia de un ilícito empresarial directamente relacionado con el conjunto de derechos y obligaciones que derivan del contrato de trabajo. Por otra parte,

conforme a la doctrina del TS, es preciso que se acredite la realidad del daño producido y la relación de causalidad que une el incumplimiento de una obligación con el daño que se alega, lo que exige valorar si el antecedente se presenta como causa necesaria del efecto lesivo, necesidad que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, siendo así que en este ámbito de la responsabilidad por culpa ha de ceñirse a su sentido clásico y tradicional, sin ampliaciones que están ya previstas e instauradas con más seguridad y equidad, pues dicha exigencia es un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico que impide condenar a quien prueba que actuó con la debida diligencia, siendo la causa de los daños ajena a su actuar y no previsible. No basta, por tanto, con una infracción en materia de seguridad e higiene imputable a la empresa, sino que es preciso además que entre la acción infractora y el daño causado exista una conexión de causa efecto.

F) Indemnización por daños y perjuicios: criterios generales

El fallo del Juzgado de lo Social de Madrid de 13 de febrero de 2011 (IL J 167/2012) declara que la indemnización derivada de los arts. 1101 CC y 127.3 LGSS no puede ser superior al daño causado, para evitar un enriquecimiento injusto, por lo que debe haber una proporcionalidad entre el daño y la reparación, que ha de comprender los distintos aspectos del daño: el daño corporal, físico y psíquico, el daño moral o sufrimiento psíquico o espiritual, el año emergente o pérdida directamente relacionada con el hecho dañoso y el lucro cesante o pérdida de ingresos y expectativas laborales. En este caso, no admite que para fijar la indemnización se acuda al baremo establecido para los accidentes de tráfico, ya que se trata de una enfermedad profesional, con unas patologías y secuelas que no son coincidentes con las que se contemplan en dicho baremo. Por ello, y teniendo en cuenta las dificultades de establecer una cuantía para estos supuestos, habrá que tener en cuenta la naturaleza de los hechos, el grado de culpabilidad, la dependencia económica y las sumas ya percibidas, amén de las concretas lesiones, secuelas y padecimientos existentes.

La STSJ de Galicia de 15 de septiembre de 2011 (IL J 1470/2011) no reconoce el derecho a indemnización, ya que en este caso se había cumplido con la normativa en prevención, habiéndose impartido la formación e información pertinente, y la maquinaria era la adecuada y cumplía la normativa de seguridad.

En cambio, **la STSJ de Asturias de 16 de septiembre de 2011** (IL J 1475/2011) modifica la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios para incluir el daño moral que se había obviado. Es cierto que se tuvo en consideración la edad, que el trabajador no tuviese cargas familiares y que la lesión no le impidiese desempeñar otro tipo de actividad, pero no se incluyó el daño moral sufrido como consecuencia del siniestro, daño que afecta no solamente a su calidad de vida (privación de los disfrutes y satisfacciones que la víctima podía esperar de la vida y de los que se ha visto privada por causa del daño), sino también a su capacidad para encontrar otro empleo.

En cuanto a la posible concurrencia de culpas que exonere o minore la responsabilidad, **la STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2011** (IL J 170/2012) recuerda la teoría de la causalidad adecuada del TS. En este caso entiende que es de aplicación, ya que el traba-

jador conocía el riesgo de atrapamiento, pues había sido formado e informado sobre él, y sabía que debía desconectar la máquina antes de proceder a realizar tareas de limpieza. Sin embargo, no desplegó tal conducta, contribuyendo causalmente con su actuación a la producción del resultado, por lo que procede apreciar la concurrencia de culpas y moderar la indemnización.

2. EL RECARGO DE PRESTACIONES

A) Procede

A continuación se exponen distintos casos en los que los Tribunales han entendido que procede la imposición del recargo de prestaciones.

En la Sentencia del **TSJ de Asturias de 17 de junio de 2011** (IL J 1452/2011) se condena al empresario al pago del recargo de prestaciones, tras rechazar que **concurra el caso fortuito o negligencia temeraria del trabajo**, ya que el empresario no cumplió con las condiciones mínimas de seguridad, en concreto asegurar la estabilidad del portón ante la alerta de nivel amarillo por rachas de viento muy fuertes, de 90 km/h, reiteradamente publicada por todos los medios de publicidad y que, además, ya se habían producido la tarde del día anterior al accidente.

El mismo Tribunal, **en su fallo de 17 de junio de 2011** (IL J 1453/2011), condena al empresario a su abono por incumplir su deber de protección al no prever ninguna medida de seguridad para un trabajo que se realizó sin llegar a los dos metros de altura. Parte en su pronunciamiento de que una cosa es la obligatoriedad de ciertas medidas de seguridad para los **trabajos a realizar a partir de los dos metros de altura**, y otra muy distinta que ello suponga que por debajo de dicha cota de altura la empresa esté exonerada de cumplir con el deber de protección y de seguridad hacia sus trabajadores, aplicando lo establecido en el apartado 6 punto 1 del Anexo I del Real Decreto 1215/1997.

En la **STSJ de Galicia de 26 de octubre de 2011** (IL J 1505/2011) se condena al pago del recargo por una **omisión en el anclaje del cinturón del trabajador**. En concreto, el accidente se produjo por una caída del trabajador desde una distancia de 4 metros, cuando se encontraba subido a un forjado inclinado de cubrición. Si bien la empresa había facilitado cinturones de seguridad éstos carecían de anclaje a punto fijo de la estructura, por lo que, cuando se produjo la rotura de la tabla de apoyo, el trabajador cayó, sin que se pueda demostrar que la obra tuviese una red de seguridad ni cuerda salvavidas.

El TSJ de La Rioja, en su pronunciamiento de **7 de octubre de 2011** (IL J 92/2012), impone el recargo por una **exposición al ruido** por encima del valor superior permitido, siguiendo la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de noviembre de 2009. El mismo Tribunal, en la sentencia **de 24 de enero de 2011** (IL J 207/2012), entiende que el trabajador no había recibido una **formación ni instrucciones** para el manejo del equipo de trabajo en condiciones de seguridad ni dotado de equipos de protección individual frente al riesgo de proyección.

B) Concepto de imprudencia temeraria

La **STSJ de Asturias de 25 de noviembre de 2011** (IL J 1513/2011) recuerda la aplicación peculiar que el concepto de imprudencia temeraria tiene en nuestra rama del ordenamiento jurídico, entre otros motivos por sus relaciones conflictivas con el concepto de imprudencia profesional. Así, para que la actuación del trabajador produzca la ruptura del nexo causal, y no proceda la imposición del recargo, es imprescindible que constituya una falta inexcusable del trabajador (culpa especialmente cualificada o creación de un peligro excesivo o anormal en el que se asume un riesgo adicional con conciencia de la probabilidad del evento lesivo) y sea una acción frente a la que el empresario no ha podido precaverse ni, en el ámbito de sus deberes de seguridad, podía adoptar medidas para evitar el resultado dañoso.

En este sentido, el pronunciamiento del **TSJ de Castilla y León de 2 de noviembre de 2011** (IL J 1511/2011) no admite la existencia de conducta temeraria en la utilización por parte de los trabajadores de una plataforma, lo que produjo la caída, sin esperar a la llegada de la motoniveladora, que debía allanar el terreno, ya que aquéllos no han contrariado de manera consciente y voluntariamente las órdenes del empresario o las más elementales normas de precaución y cautela exigibles a toda persona normal y aún más a trabajadores con experiencia en el ramo de la construcción.

C) Cuantía

En cuanto a la cuantía del recargo, el **TSJ de Asturias, en su fallo de 8 de julio** (IL J 1455/2011), señala que ha de seguir el mismo régimen que las prestaciones sobre las que se aplica. Así, si para el cómputo de éstas deben ser tenidos en cuenta los elementos y circunstancias existentes a la fecha de su hecho causante, este momento será también el que condicionará y determinará su cálculo. En este caso, será sobre la pensión inicial de viudedad reconocida, no debiendo abonarse sobre las revalorizaciones que pueda experimentar aquélla.

En cuanto a qué porcentaje ha de imponerse, la **STSJ de Castilla y León de 25 de octubre de 2011** (IL J 1504/2011) señala que el silencio de la norma sobre los criterios de fijación del porcentaje no debe interpretarse como la apertura de un espacio de discrecionalidad administrativa. En este caso nos encontramos ante una situación de cumplimiento general de la empresa que ha de valorarse, ya que cuenta con un servicio de prevención, imparte formación específica a los trabajadores, dispone de manuales operativos e imparte instrucciones que constan en carteles en el centro de trabajo. Es cierto que el accidente se produce por una circunstancia concreta, el método operativo elegido para resolver la incidencia del amarre que requiere de la colaboración del trabajador, pero cuya responsabilidad principal corresponde a quien maneja la grúa, que debió decidir apoyar la carga en el suelo antes de cualquier manipulación, pero recuerda el Tribunal que la finalidad del recargo no es solo ni esencialmente buscar la reparación del daño (lo que corresponde en su caso a la indemnización por vía de responsabilidad civil), sino también la de naturaleza disuasoria y sancionadora. Por ello, las circunstancias objetivas del sancionado son de gran importancia a la hora de aplicar los porcentajes de recargo, y en este supuesto entiende que únicamente procede imponer el 30% por esa diligencia de la empresa.

D) Por exposición al amianto

La STS de 16 de enero de 2012 (IL J 163/2012) reconoce el derecho al recargo de prestaciones de una pensión de viudedad por una exposición del trabajador fallecido al amianto. El Alto Tribunal estima que no se adoptaron por parte de la empresa todas las medidas de prevención, lo que fue el desencadenante de la enfermedad profesional, carcinoma pulmonar producido por contacto en el trabajo con el amianto, que causó la muerte al trabajador. En este sentido, basa su decisión al quedar probada la exposición del trabajador a dicha sustancia desde el año 1974 hasta 1978, año en el que la empresa prohibió su uso, no existiendo constancia de que la empresa adoptase medida preventiva alguna, ni en materia de información, ni formativa, ni de equipos de trabajo, ni tampoco de reconocimientos médicos. También tiene en consideración que en dichas fechas ya se conocían científicamente los riesgos profesionales de la exposición al amianto, sin que la empresa realizase mediciones de concentración de amianto en el ambiente, lo que supone que no se respetaron las normas vigentes sobre evaluación, control y medición del ambiente en el trabajo y sobre concentraciones máximas permitidas de fibras de amianto en los ambientes de trabajo. En idéntico sentido cabe citar las **Sentencias del TS de 24 de enero de 2012** (IL J 166/2012) y **del Juzgado de lo Social de Madrid de 13 de febrero** (IL J 167/2012).

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN
MARGARITA APILLUELO MARTÍN
MANUEL GONZÁLEZ LABRADA
ELISA SIERRA HERNÁIZ

Revista de Derecho del Trabajo

Justicia Laboral

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)



Manual de Seguridad Social

J. VIDA SORIA, J.L. MONEREO PÉREZ,
C. MOLINA NAVARRETE Y R. QUESADA SEGURA
Editorial Tecnos, Madrid, 2011 (668 páginas)

[MANUELA DURÁN BERNARDINO.
*Becaria de Investigación FPU
del Departamento de Derecho del Trabajo y de
la Seguridad Social. Universidad de Granada*]

Un año más, se publica de forma actualizada y completa una obra de indudable referencia dentro del amplio conjunto de manuales que abordan el estudio de una rama del ordenamiento jurídico en continua transformación, el Derecho de la Seguridad Social. Mostrando su consolidación y madurez, el *Manual de Seguridad Social* alcanza en 2011 su séptima edición, siendo publicado en la Editorial Tecnos y obra de José Vida Soria, José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y Rosa Quesada Segura, Catedráticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de las Universidades de Granada, Jaén y Málaga con una acreditada experiencia profesional y de prestigio científico-académico.

Con la intención de convertirse en un instrumento básico y completo de consulta y estudio para cualquier profesional o investigador de esta disciplina, comprende un estudio riguroso y detallado de la configuración del Sistema de Seguridad Social, que a su vez, lo convierte en un instrumento básico para el seguimiento or-

dinario de la asignatura por parte del alumno o estudiante de la asignatura de Derecho de la Seguridad Social, inserta en los planes de estudio de nuestro ámbito académico universitario.

A ello contribuye la claridad y precisión expositiva con la que son tratados cada uno de los capítulos, donde se puede apreciar la aplicación práctica de los conceptos estudiados, resultado de la trayectoria científico-académica de sus autores. La obra recensionada contiene una sistemática incorporación de las distintas y diferentes reformas legislativas que han acontecido en el último año y las que están en curso, así como continuas referencias a novedades jurisprudenciales de necesario conocimiento en el contexto actual de crisis del Sistema de Seguridad Social.

Facilita el estudio y comprensión de la obra la estructuración de su contenido, dividido en diecinueve amplios capítulos, donde se recorre de forma analítica, sistemática y crítica las instituciones jurídicas que instrumentan el Sistema normativo de Seguridad Social en España.

En el Capítulo 1, «Configuración general del Sistema de Seguridad Social», los autores realizan con carácter preliminar, un minucioso estudio del proceso de formación de la Seguridad Social desde un plano general y político-jurídico evolutivo, para, con posterioridad, realizar un análisis jurídico estricto de las instituciones de Seguridad Social y Asistencia Social en nuestro Ordenamiento normativo. Del mismo modo, analizan la conceptualización técnico-legislativa de la Seguridad Social a la luz de las previsiones constitucionales en materia de protección social y del Orden Jurídico internacional y comunitario, para culminar con la descripción esquemática del contenido de la Ley General de la Seguridad Social y el estudio de las instituciones

concretas que materializan el sistema protector y sus mecanismos jurídicos.

El capítulo 2, «El ámbito subjetivo de aplicación de la Seguridad Social», aborda el campo de aplicación universalista de las técnicas protectoras de Seguridad Social, es decir, el conjunto de personas que resultan beneficiarios de las prestaciones sociales del Sistema, prestando especial atención tanto al bloque contributivo-profesional como al «no contributivo».

El capítulo 3, «La ordenación jurídica de la gestión de la Seguridad Social», contiene un análisis pormenorizado de las opciones básicas acogidas por nuestro complejo modelo de gestión, así como de los principios generales que la inspiran, tales como la titularidad estatal, gestión participada por parte de los interesados, descentralización funcional, pluralidad de órganos gestores y exclusión de ánimo de lucro. Seguidamente se encuentra el estudio sistemático de las entidades gestoras, servicios comunes y de las diversas formas de colaboración en la gestión, haciendo especial mención a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional de la Seguridad Social y a la colaboración obligatoria y voluntaria de las empresas.

Por su parte, el capítulo 4, referente a la «Los actos y relaciones jurídicas de matriculación», se centra en el estudio metodológico de los actos de encuadramiento y matriculación en nuestro sistema actual (Régimen General) de Seguridad Social tales como la inscripción de empresas, la afiliación de los trabajadores y las altas (real, asimilada y presunta) y bajas de trabajadores, así como una breve referencia a los «sistemas especiales» de encuadramiento y recaudación de cuotas que pueden establecerse.

Ya entrando en materia más específica y concreta, el capítulo 5, denominado «Financiación de la Seguridad Social. La cotización», es dedicado por completo al régimen jurídico de las fuentes de financiación que permiten obtener los recursos económicos necesarios para hacer frente a las demandas que requieren los sistemas de protección social; el sistema contributivo (vía cotizaciones) y el sistema presupuestario (vía impositiva). Especial mención y detenido análisis merece la cotización, al constituir la principal fuente de financiación de nuestro Sistema de

Seguridad Social, para cuya completa comprensión los autores estudian su naturaleza jurídica; elementos subjetivos; el objeto de la realización de la cotización (la cuota); nacimiento, duración y extinción de la obligación de cotizar y los efectos de su cumplimiento e incumplimiento.

Una vez estudiado el ámbito de sujetos protegidos por la Seguridad Social, el capítulo 6, «La acción protectora. Ámbito objetivo de la Seguridad Social», aborda el alcance y contenido de esta protección social desde una perspectiva jurídico-crítica constructiva. A tal fin, resalta significativamente el estudio de la relación de contingencias, de las situaciones de necesidad protegidas y de los tipos de prestaciones del Sistema determinados legalmente con el objeto de reparar un daño o subvenir el estado de necesidad en el que se encuentra el beneficiario.

En el capítulo 7, titulado «La instrumentación jurídica del ámbito objetivo de la Seguridad Social: régimen jurídico general del derecho a prestaciones y régimen jurídico general de las prestaciones», se analiza de forma clara y precisa la estructura de la relación jurídica de las prestaciones, diferenciando el nivel contributivo del nivel no contributivo para estudiar metodológicamente sus sujetos, prestaciones, actos de iniciación, desarrollo y extinción de la prestación, así como sus caracteres jurídico-generales, reglas sobre prescripción y caducidad del derecho y, desde una perspectiva de conjunto, el régimen jurídico de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones económicas de Seguridad Social.

Profundizando en el régimen jurídico de las prestaciones, a lo largo de los capítulos 8 a 15 se analiza pormenorizadamente el catálogo de prestaciones incluidas en la acción protectora de la Seguridad Social, tales como las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad-paternidad, y riesgo durante el embarazo; las prestaciones por incapacidad permanente; la protección a la vejez o prestación por jubilación; la protección de situaciones derivadas de muerte (prestaciones a supervivientes); las prestaciones familiares; la protección por desempleo, así como las prestaciones sanitarias y complementarias internas de acción social en el sistema de Seguridad Social (Asistencia Social

y Servicios Sociales). De esta forma, se le ofrece al lector una amplia visión del conjunto de prestaciones del Sistema de protección social y un minucioso análisis político-jurídico de cada una de ellas.

Continuando con este estudio, el capítulo 16, titulado «Un nuevo derecho social universal: el sistema nacional de atención a la Dependencia», examina magistralmente el modelo normativo de protección de la dependencia, como un sistema autónomo, externo al Sistema institucional de la Seguridad Social actual y de carácter universal. Para ello, los autores parten de la delimitación de la situación protegida; analizan su ámbito de aplicación subjetivo; destacan los ejes o pilares básicos del Sistema Nacional de Dependencia, así como su régimen de financiación y gestión; para finalizar con un amplio apartado donde se estudian las prestaciones (de servicios y económicas) englobadas en este sistema.

En el Capítulo 17, «Los Regímenes Especiales de la Seguridad Social», se asiste a una minuciosa descripción de la regulación jurídica de los diferentes regímenes especiales de la Seguridad Social atendiendo a sus peculiaridades concretas. En concreto, se estudia el Régimen Especial Agrario (REA), el Régimen Especial de Trabajadores del Mar (RETM), el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), el Régimen Especial de los Empleados de Hogar (RESSEH), el Régimen Especial de los Estudiantes (RESSE), el Régimen Especial de la Minería del Carbón y los Regímenes Especiales de los Funcionarios. En cada uno de estos epígrafes se examina de forma destacada su ámbito subjetivo de aplicación, actos de encuadramiento, cotización, régimen financiero y acción protectora.

El siguiente Capítulo, denominado «La iniciativa privada: protección social complementaria»,

analiza las cuestiones básicas de los instrumentos voluntarios de previsión complementaria privada, ajenos al sistema público de Seguridad Social. Con espíritu analítico, se presta especial atención a la compleja y amplia variedad de fórmulas de previsión social voluntaria (en sentido particular), tales como las «mejoras voluntarias», las Mutualidades libres de previsión Social, Fundaciones Laborales y los Planes y Fondos de Pensiones.

Concluye este manual con el Capítulo 19, que lleva por rúbrica «La garantía jurisdiccional del Sistema. Los procesos de Seguridad Social». Con el objeto de ultimar la visión totalizadora ofrecida, aborda la competencia del orden jurisdiccional social en la materia de Seguridad social, estudia el significado actual de la reclamación previa como técnica de evitación del proceso, y en último lugar hace especial mención a la modalidad procesal de Seguridad Social, considerada por los autores como un proceso declarativo ordinario con particularidades.

Sin duda, nos encontramos ante una obra ambiciosa donde el lector no sólo encontrará una exposición cognoscitiva de la disciplina, sino que podrá apreciar el carácter jurídico-crítico con el que cada uno de sus capítulos es abordado por destacados especialistas de reconocido prestigio científico-académico. Con una excelente capacidad expositiva y de reflexión, este manual ofrece una visión totalizadora, exhaustiva y actualizada (teniendo presentes las últimas reformas normativas, así como las novedades jurisprudenciales y doctrinales más destacadas), de los aspectos a considerar en esta materia, lo que lo convierte en un claro referente de necesaria consulta e ineludible estudio, dada su amplia utilidad académica y científica.



La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo

VV. AA. (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ y PILAR RIVAS VALLEJO, DIR.)

Comares, Granada, 2011 (765 páginas)

[MANUELA DURÁN BERNARDINO
*Becaria de Investigación FPU
del Departamento de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada]*

En 2011 se publica por la Editorial Comares una destacada novedad bibliográfica, dirigida por José Luis Monereo Pérez y Pilar Rivas Vallejo, Catedráticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de las Universidades de Granada y Barcelona, respectivamente, rubricada con un título muy sugerente, *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo*. Esta monografía se ampara formalmente en el Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación de Referencia DER2009-10428, sobre «Implicaciones Medioambientales de las relaciones laborales: un enfoque integral de la prevención de riesgos laborales y de las políticas ambientales en las empresas».

Como el lector podrá comprobar, se trata de una obra innovadora que apuesta por la integración del desarrollo sostenible en el marco de las relaciones laborales, aportando a la literatura laboralista una visión integradora como elemento esencial de la dinámica de nuestras relaciones laborales en un momento legislativo muy oportuno tras la reciente aprobación de la *Ley de Economía Sostenible* de 4 de marzo de 2011, cristalizada comunitariamente con la Estrategia Europea 2020. Así, desde un planteamiento multidisciplinar, examina de forma imbricada e interrelacionada los distintos aspectos

que conforman la gestión de las empresas desde la perspectiva de la prevención de riesgos medioambientales y de salud laboral. El estudio jurídico-laboral de esta obra lo realizan distintos expertos en áreas distintas del Derecho e incluso de fuera del Derecho, cuya puesta en común permite abordar de una manera integral, coherente y racional el problema tratado en las 765 páginas que la componen.

La obra comienza el análisis propuesto con un Prólogo a cargo de los profesores Monereo Pérez y Rivas Vallejo, en el que se resalta especialmente la actualidad y trascendencia para toda la sociedad española del tema sobre el que versa, así como la pretensión de representar un elemento innovador en el mercado editorial y en la reflexión sobre la prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo, ya que son escasas o nulas las obras que contienen un planteamiento integrador de riesgos medioambientales y riesgos laborales para su gestión combinada y unitaria en el seno de las empresas. Destacan la apuesta decidida de esta obra por el compromiso presente y futuro de participación activa del Derecho del Trabajo y de sus Agentes en una cuestión tan crucial como el desarrollo sostenible, máxime en un momento tan oportuno como el actual, tras la reciente aprobación de la Ley de Economía sostenible.

En primer lugar, se parte de un estudio preliminar a cargo de Dueñas i Cid, Profesor del Área de Sociología de la Universidad «Rovira i Virgili», donde se plantean los dos problemas de base: el cambio climático y la globalización. Realizando un estudio sistemático de los efectos e impactos más destacados de la globalización sobre el medioambiente, introduce al lector en una comprensión parcial de la complejidad latente en el momento histórico actual, suscitando la reflexión acerca de aquellos temas a los que hace mención.

La monografía que se reseña consta de cuatro amplias partes, cada una de las cuales se subdivide en distintos epígrafes, abordando cada uno de ellos aspectos fundamentales referentes al tema que nos ocupa. La parte I, «Gestión de la empresa y gestión de la prevención de riesgos: Enfoque General», está dividida en 6 apartados, siendo muestra de la minuciosidad con la que

los autores que los elaboran realizan el estudio y tratamiento general de la gestión empresarial y de la prevención de riesgos medioambientales. Todo ello desde un hilo conductor que va profundizando progresiva y paulatinamente en la materia particular de interés. En este sentido, estudia la gestión de la empresa y de los riesgos desde una perspectiva integradora; analiza pormenorizadamente el etéreo campo de la responsabilidad social corporativa de las empresas, desde una dimensión nacional y europea, interna y externa, sentando las líneas legislativas actuales en la materia que nos ocupa para culminar con una serie de propuestas y un balance crítico sobre la situación real de la responsabilidad social empresarial en materia medioambiental; del mismo modo, aborda minuciosamente la dimensión laboral del problema en búsqueda de soluciones, destacando la especial relevancia de las vías de colaboración y participación de los sindicatos, representantes de los trabajadores y de los propios trabajadores promovidos por la legislación vigente dentro del panorama actual, ante las dimensiones del problema y la preocupación actual que suscita para Gobierno y Ciudadanos, resaltando especialmente el importante papel de la Negociación Colectiva en materia medioambiental; y finaliza con un planteamiento práctico, donde se aborda el Derecho de la prevención de riesgos laborales y el Derecho medioambiental, recogiendo las experiencias de la Inspección de Trabajo y de las Administraciones en la aplicación de la legislación vigentes en sendas ramas jurídicas, prestando especial atención a la exposición a riesgos químicos en los centros de trabajo.

La parte II de la obra, titulada «Marco Jurídico: medioambiente y relaciones laborales», está compuesta por tres interesantes epígrafes, donde los autores se centran en los aspectos jurídicos, en los que se incluyen las respuestas del Derecho en el estricto marco de las relaciones de trabajo. En el epígrafe I, titulado «El objetivo: Integrar la tutela al medio ambiente en el marco de las relaciones laborales», la profesora Rivas Vallejo parte del marco empresarial, definiéndolo como el ámbito más idóneo para integrar la tutela al medio ambiente en el marco de las relaciones laborales; estudia la ecología como una

nueva fuente de empleo, que permite la creación de puestos de trabajo en diversos sectores «verdes», haciendo mención a numerosos estudios nacionales y europeos que apuestan por nuevos modelos de producción ecológica, y destaca el papel fundamental de los trabajadores en la aplicación de las distintas medidas de producción sostenible, haciendo especial mención a la combinación de sostenibilidad y género reflejada en la Ley de Economía Sostenible, aunque en un plano discutible por sus vagos términos.

El epígrafe II, «Aspectos Colectivos. Representación y participación de los trabajadores», es dedicado por M.^a Nieves Moreno Vida, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, a los aspectos colectivos de intervención y actuación en la protección medioambiental. En este sentido examina magistralmente la participación de los trabajadores en materia medioambiental y de prevención de riesgos laborales; identifica las estructuras participativas y de representación de los trabajadores en materia de seguridad y salud en la empresa; estudia las competencias y facultades en materia de prevención de riesgos laborales y medioambiental de las representaciones unitarias y sindicales, resaltando significativamente la figura de los Delegados de Prevención, como órganos de representación y de participación de los trabajadores especializados en materia de seguridad y salud en el trabajo, con unas específicas competencias y unas garantías concretas para el desempeño de sus funciones. Esta segunda parte se completa con el epígrafe III, relativo a «La negociación colectiva en materia medioambiental: resultados, capacidades y posibilidades», donde Guillermo Barrios Baudor, profesor de nuestra disciplina en la Universidad «Rey Juan Carlos», realiza un estudio pormenorizado y exhaustivo del novedoso papel que juega la Negociación Colectiva en materia de protección del ambiente natural, aportando un enfoque eminentemente pragmático, sobre los términos y alcances con que de modo efectivo se está incorporando la protección ambiental a la negociación colectiva, dando así cuenta de los resultados obtenidos en el Proyecto de Investigación titulado «La negociación colectiva como instrumento de protección y educación ambiental».

La Parte III, «Medio ambiente y Prevención de riesgos laborales», se centra en el aspecto nuclear que da título a la obra: la dimensión preventiva, donde se analizan cada uno de los posibles aspectos de la prevención de riesgos laborales y de la incidencia de cuestiones medioambientales sobre las empresas, para su puesta en relación, con el objeto de darles una respuesta integradora dentro de la legislación de prevención de riesgos laborales. Con esta finalidad, parte de la gestión de riesgos medioambientales en la prevención de riesgos laborales; analiza las distintas modalidades de organización preventiva, reflexionando sobre la tendencia empírica hacia la externalización a pesar de los sucesivos esfuerzos normativos en pro de la integración preventiva, al tratarse de una exigencia difícil de lograr; destaca la intervención coordinada de los técnicos en la prevención y gestión ambiental; hace referencia a las enfermedades profesionales causadas y relacionadas con agentes contaminantes dentro y fuera de la empresa, en el plano de la salud laboral pero también de la salud pública; estudia detalladamente la evaluación de riesgos medioambientales y de riesgos laborales, resaltando su importancia, contenido, procedimiento y responsabilidades en caso de incumplimiento de la evaluación; asimismo, entra en detalle sobre los aspectos generales de los equipos de trabajo, centrando su atención en la utilización de medios de transporte como herramienta de trabajo o como medio de desplazamiento hacia los lugares de trabajo, causantes de emisiones de CO₂, estando en el punto de mira de acciones de sostenibilidad de índole laboral; y, por último hace especial referencia a las obligaciones y responsabilidades preventivas de fabricantes e importadores en relación a productos tóxicos, tales como la clasificación, etiquetado y envasado de productos.

La obra se cierra con una parte imprescindible, titulada «Responsabilidades», donde en tres amplios apartados se estudian minuciosamente las

distintas ramas del Derecho que resultan sumamente implicadas en la protección del ambiente natural. En este sentido, los autores se detienen especialmente en analizar la responsabilidad civil por daños medioambientales, la responsabilidad penal, administrativa, y también disciplinaria, en el marco de las relaciones laborales, desde un planteamiento exhaustivo y minucioso que da muestra de la riqueza investigadora de los autores que la procesan. Se clausura este novedoso estudio recalando en la singular importancia que tiene la producción económica en las implicaciones medioambientales y especialmente en determinados sectores específicos, que resultan potencialmente más peligrosos dentro de ese marco de riesgos, como son la industria química, el sector de la perfumería y el sector de la madera, corcho y cemento.

Con un absoluto dominio de las fuentes bibliográficas y del entramado jurídico-laboral que envuelve la problemática de la prevención de riesgos medioambientales, esta obra colectiva explora las vías por las que el Derecho del Trabajo puede ser partícipe activo del desarrollo sostenible, aportando así a la literatura laboralista una visión realmente novedosa al integrar de forma coherente y racional el desarrollo sostenible en el marco de las relaciones laborales. El trabajo conjunto de distintos expertos en áreas del Derecho, incluso fuera del mismo, da como resultado un magnífico estudio de la doctrina científica jurídica y laboral respecto de cada uno de los artículos y materias estudiadas en las distintas partes que componen este volumen, donde se recogen numerosas aportaciones con el objetivo de ayudar a regular adecuadamente un tema tan actual y trascendente para toda la sociedad española, convirtiendo así a esta innovadora y actual obra en una necesaria y valiosa referencia para todos los agentes implicados, sociales, políticos y económicos; especializados —o no— en la materia de la que es monográfico el libro.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La *Revista Justicia Laboral* publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho Laboral y de Seguridad Social. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

- 1. Dirección de envío:** Todos los trabajos y libros para reseñas deberán remitirse a la sede de la *Revista Justicia Laboral* (Lex Nova, C/General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: redac@lexnova.es. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
- 2. Compromiso de publicación y originalidad:** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
- 3. Exclusividad:** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
- 4. Evaluación:** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
- 5. Extensión y formato:** Por regla general, los trabajos no superarán los 100.000 caracteres contando los espacios. Preferiblemente el interlineado será a doble 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.