

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 49

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.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

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

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o 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 la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos:



El texto de las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos oficiales distribuidos por el CENDOJ. Esta publicación se limita a transcribirlos total o parcialmente, respetando la literalidad y sentido de los documentos originales.

La versión on line de esta colección, que ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en portaljuridico.lexnova.es

LEX NOVA

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

ÍNDICE GENERAL

Página

EDITORIAL

RECIENTES RESPUESTAS DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN MATERIA DE REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESAS: TRANSMISIÓN DE EMPRESAS, DESPIDOS COLECTIVOS Y TUTELA DE LOS CRÉDITOS LABORALES.

Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús R. Mercader Uguina 5

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA REFORMA LABORAL DE 2012. EL REAL DECRETO-LEY 3/2012, DE 10 DE FEBRERO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL

Ignacio García-Perrote Escartín 13

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Manuel Álvarez de la Rosa 49

EL ACUERDO DE EMPRESA COMO CAUCE DE FLEXIBILIDAD INTERNA: CONTENIDO Y RÉGIMEN JURÍDICO

Susana Rodríguez Escanciano 63

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO

María Antonia Castro Argüelles 117

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 129

III. EMPRESARIO

Jesús Cruz Villalón; Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco; Rafael Gómez Gordillo; Macarena Hernández Bejarano; María Sepúlveda Gómez 163

IV. CONTRATACIÓN LABORAL

José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; María Amparo Esteve Segarra; Mercedes López Balaguer 189

V.	DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL	
	<i>Lourdes López Cumbre (dir.); Ana María Badiola Sánchez (coord.); Fernando Breño-sa Álvarez de Miranda; Marta Cimas Soto; María Antonia Corrales Moreno; David Lantarón Barquín; Marina Revuelta García; Montserrat Ruiz Cuesta; César Tolosa Tribiño</i>	197
VI.	DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	
	<i>M.ª Carmen Ortiz Lallana; Begoña Sesma Bastida; Inmaculada Baviera Puig</i>	237
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>	247
VIII.	NEGOCIACIÓN COLECTIVA	
	<i>Javier Gárate Castro</i>	255
IX.	SEGURIDAD SOCIAL	
	<i>Julia López López; Ignasi Areal Calama; Consuelo Chacartegui Jávega; Josep Far-gas Fernández; Nuria Pumar Beltrán; Sergio Canalda Criado; Eusebi Colás Neila; Alexandre de le Court</i>	261
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>	269
XI.	ADMINISTRACIÓN LABORAL	
	<i>José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; Mercedes López Balaguer; María Amparo Esteve Segarra</i>	287
XII.	EL PROCESO LABORAL	
	<i>Lourdes Martín Flórez; Álvaro Navarro Cuéllar; Sergio Ponce Rodríguez; Inés Ríos García</i>	289
XIII.	SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO	
	<i>José Luis Goñi Sein; Margarita Apilluelo Martín; Manuel González Labrada; Elisa Sierra Hernáiz</i>	299

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS	311
-------------------------	-----

EDITORIAL

RECIENTES RESPUESTAS DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN MATERIA DE REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESAS: TRANSMISIÓN DE EMPRESAS, DESPIDOS COLECTIVOS Y TUTELA DE LOS CRÉDITOS LABORALES

Los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea muestran una cierta recuperación de sus clásicos valores tuitivos. No han sido los últimos años, años con pronunciamientos especialmente significativos (Coleman, Chacón Navas, Mayr, Viking...), a los que el TJ nos ha tenido acostumbrados. Bien es cierto que se muestra una clara conservación de las líneas más significativas por las que ha venido transitando el TJ en los últimos tiempos: discriminación por edad, transmisión de empresas, derecho a vacaciones, etc. Es preciso destacar que algunos de estos pronunciamientos han tenido especial significación al proyectarse o haber nacido en relación con problemas que tienen como telón de fondo el ordenamiento español. Especial significado ha tenido la STJ de 22 de noviembre de 2011 (Asunto KHS), que se encuentra en la base de la nueva redacción del último párrafo al art. 38.3 ET, realizada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, en su DF 1.^a

En un contexto de crisis como el actual los temas relativos a las reestructuraciones empresariales poseen especial interés. Entre los pronunciamientos destacados en los últimos tiempos cabe mencionar los siguientes.

En primer lugar cabe destacar, la STJ de 20 de enero de 2011 (*Asunto Ayuntamiento de Cobisa y María Socorro Martín Valor*) que analiza los efectos del «insourcing» en relación con la doctrina sobradamente conocida sobre la sucesión de plantillas. Como se recordará, el TJ ha sentado que en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica a efectos de la aplicación de la Directiva 2001/23/CE, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continúa con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Por contra, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad.

En una primera sentencia sobre esta cuestión, de 11 de marzo de 1997, asunto 13/95 Sützen, tras señalar que para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la

transmisión de una entidad han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las que figuran el tipo de empresa, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, el grado de analogía de las actividades ejercidas... el TJUE dispuso que «En la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común, puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad, aun después de su transmisión, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, reproduciendo los términos de la sentencia Rygaard, antes citada (apartado 21), el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable».

Con posterioridad, en la sentencia de 10 de diciembre de 1998, C-173/96 y C-247/96, Asunto Sánchez Hidalgo y otros, el Tribunal Europeo entendió que era aplicable la Directiva 77/187/CEE a un supuesto en que un Ayuntamiento adjudicó el servicio de ayuda a domicilio en régimen de concesión a una determinada empresa y, tras finalizar la concesión, se lo adjudica a una nueva, que contrató a todos los trabajadores que venían prestando servicios para la anterior. La sentencia contiene el siguiente razonamiento: «El concepto de entidad remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio». «Dicha entidad, si bien debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo, a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción».

En el caso que analiza la STJ de 20 de enero de 2011, el 27 de mayo de 2003 CLECE, empresa que prestaba servicios de limpieza, celebró con el Ayuntamiento de Cobisa un contrato que tenía por objeto la limpieza de colegios y dependencias municipales, sin que conste que la prestación de los servicios contratados exigiera el empleo de «especiales elementos materiales». Sobre la base de este contrato, la Sra. Martín Valor trabajaba para CLECE como limpiadora. El 9 de noviembre de 2007 el Ayuntamiento de Cobisa notificó a CLECE su decisión de rescindir, con efectos a 31 de diciembre de 2007, el contrato que había celebrado con dicha sociedad. El 2 de enero de 2008, CLECE notificó a la Sra. Martín Valor que, desde el 1 de enero de 2008, pasaba a formar parte de la plantilla del Ayuntamiento de Cobisa, puesto que era éste quien se encargaría en lo sucesivo de la limpieza de los locales de que se trataba. CLECE indicaba que, en virtud del artículo 14 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Toledo, el Ayuntamiento de Cobisa pasaba a subrogarse en todos los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral de que se trata en el procedimiento principal.

El art. 14 del CC de limpieza de edificios y locales de Toledo establecía que «Cuando una empresa en la que [se] viniese realizando el servicio de limpieza a través de una contrata tome a su cargo directamente dicho servicio, no estará sujeta a continuar con el personal que hubiere prestado servicio al contratista concesionario, si la limpieza la realizase con los propios trabajadores/as de la empresa y, por el contrario, deberá hacerse cargo de los/as trabajadores/as de referencia, si para el repetido servicio de limpieza hubiera de contratar nuevo personal».

La Sra. Martín Valor se presentó en las dependencias del Ayuntamiento de Cobisa, donde no le permitieron que prestara sus servicios. CLECE, por su parte, no la recolocó en ningún otro puesto de trabajo. El 10 de enero de 2008, el Ayuntamiento de Cobisa contrató a cinco trabajadoras de una bolsa de trabajo para la limpieza de sus dependencias. La Sra. Martín Valor interpuso ante el Juzgado de lo Social núm. 2 de Toledo una demanda contra CLECE y el Ayuntamiento de Cobisa, con objeto de que se declarara la improcedencia del despido.

EL TSJ de Castilla-La Mancha aceptó las alegaciones del Ayuntamiento apelando a la doctrina del TS conforme a la cual las previsiones de un convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales no son aplicables a la empresa principal, dedicada a otra actividad distinta, que al finalizar la contrata con una empresa de limpieza decide asumir directamente la limpieza de sus centros de trabajo, dado que la empresa principal no se debe considerar incluida dentro del ámbito de aplicación de dicho convenio colectivo.

La cuestión que se plantea ante el TJUE es si el supuesto planteado en el Ayuntamiento de Cobisa se incluye directamente en la Directiva, al margen del CC. Es decir, si se aplica la Directiva en un caso en que un Ayuntamiento decide asumir la actividad de limpieza que antes prestaba una contrata, para lo cual necesita contratar nuevo personal.

Para resolver, el TJ recuerda su doctrina de transmisión de plantilla, conforme a la cual en las actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra —y la de la limpieza lo es— un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. Pero concluye que esto no es aplicable en el caso planteado porque el Ayuntamiento se limitó a continuar la actividad de limpieza contratando nuevo personal, de modo que no hay sucesión de plantilla y la mera continuidad de la actividad no permite apreciar que se mantenga la identidad de una entidad económica.

Un segundo caso de interés viene de la mano de la STJ de 6 de septiembre de 2011 (*Asunto Ivana Scattolon / Ministero dell'Istruzione*). Según la normativa de la Unión sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa, los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión se transfieren al cesionario. Por otro lado, el cesionario debe mantener las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo.

La Sra. Scattolon, empleada del municipio de Scorzé (Italia) en calidad de bedel en escuelas del Estado, desarrolló ese trabajo entre 1980 y 1999 como miembro del personal administrativo, técnico y auxiliar (ATA) de las entidades locales. A partir de 2000, dicha señora fue transferida a la plantilla del personal ATA del Estado y clasificada en una escala salarial que correspondía en esa plantilla a nueve años de antigüedad. Dado que de esa forma no había obtenido el reconocimiento por el Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca [Ministerio de Educación, de Universidades y de Investigación (Ministerio)] de casi veinte años de antigüedad adquirida en el municipio de Scorzé, y estimaba haber sufrido así una importante reducción de su retribución, la Sra. Scattolon solicitó al Tribunale di Venezia (Italia) el reconocimiento de la totalidad de su antigüedad.

Ese tribunal pregunta al Tribunal de Justicia si la normativa de la Unión sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa se aplica a la subrogación por una autoridad pública de un Estado miembro en la relación laboral con el personal empleado por otra autoridad pública. En caso de respuesta afirmativa a esa cuestión, el tribunal italiano desea también saber si, a efectos del cálculo de la retribución de los trabajadores afectados por una transmisión, el cesionario debe reconocer la antigüedad adquirida por esos trabajadores al servicio del cedente.

Respecto al cálculo de la retribución de los trabajadores afectados por una transmisión, el Tribunal de Justicia estima que, si bien el cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa —incluidas las referidas a la retribución—, las modalidades elegidas para la integración salarial de los trabajadores transferidos deben ser conformes con el objetivo de la normativa de la Unión en materia de protección de los derechos de los trabajadores transferidos, que consiste en esencia en impedir que esos trabajadores se encuentren por la mera causa de la transmisión en una posición menos favorable que la que tenían anteriormente.

El Tribunal de Justicia pone de relieve que, en este caso, el Ministerio, en lugar de reconocer esa antigüedad como tal y en su integridad, calculó para cada trabajador transferido una antigüedad «ficticia», lo que tuvo una importancia determinante en la fijación de las condiciones retributivas aplicables en lo sucesivo al personal transferido. Dado que las funciones ejercidas por el personal ATA de las entidades locales en las escuelas públicas antes de la transmisión eran análogas, si no idénticas, a las ejercidas por el personal ATA empleado por el Ministerio, la antigüedad adquirida al servicio del cedente por un miembro del personal transferido habría podido calificarse como equivalente a la adquirida por un miembro del personal ATA de igual categoría empleado por el ministerio antes de dicha transmisión.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia concluye que cuando una transmisión de empresa da lugar a la aplicación inmediata a los trabajadores transferidos del convenio colectivo vigente para el cesionario y las condiciones de retribución previstas por dicho convenio están ligadas en especial a la antigüedad, el Derecho de la UE se opone a que los trabajadores transferidos sufran una pérdida salarial sustancial en relación con su situación inmediatamente anterior a la transmisión, debido a que su antigüedad adquirida al servicio del cedente, equivalente a la adquirida por trabajadores al servicio del cesionario, no se tenga en cuenta al determinar su condición salarial inicial al servicio de este último.

Incumbe al tribunal nacional examinar si se ha producido tal pérdida salarial con ocasión de la transmisión

En tercer lugar, merece ser analizada la STJ de 3 de marzo de 2011 (*Asunto Claes y otros contra Landsbanki Luxembourg SA*). En este caso, el asunto se plantea cuando, en aplicación de la norma nacional luxemburguesa, y sin ningún trámite, se comunica a los trabajadores la extinción de sus contratos de trabajo tras la declaración judicial de liquidación de la sociedad. Se trata de decidir si una norma nacional puede disponer que cuando se decide la liquidación judicial de una empresa los contratos de trabajo se resuelven automáticamente sin necesidad de cumplir las exigencias comunitarias.

El Tribunal declara que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se aplica al cese de las actividades de un establecimiento declarado por una decisión judicial que ordena su disolución y su liquidación por insolvencia, aun cuando la legislación nacional disponga en caso de dicho cese la resolución inmediata de los contratos de trabajo de los trabajadores. Y añade que las obligaciones derivadas de los artículos 2 y 3 de la Directiva (consultas con los representantes de los trabajadores y notificación a la autoridad) deben cumplirse hasta la extinción definitiva de la personalidad jurídica de un establecimiento cuya disolución y liquidación han sido declaradas. Estas obligaciones deben ser cumplidas por la dirección del establecimiento en cuestión, mientras siga ocupando su lugar —aun con poderes limitados en lo concerniente a la gestión de dicho establecimiento—, o por su liquidador, en la medida en que éste asuma por completo la gestión de dicho establecimiento.

Finalmente, cierra este breve elenco de pronunciamientos la STJ de 10 de febrero de 2011 (*Asunto Andersen contra Organismo Público Sueco*). En la misma, el Administrador de un concurso denegó el pago de créditos salariales a la Sra. Andersson, que era propietaria del 50% de las acciones de una sociedad declarada en concurso. Los liquidadores de la sociedad rechazan su pretensión apoyándose en la legislación nacional, que excluye de protección a los trabajadores que en los 6 meses anteriores a la quiebra, solos o con familiares, fueran propietarios de una parte esencial de la empresa y ejercieran una influencia considerable en sus actividades, ocupando una posición de influencia en la empresa. La cuestión es si esta normativa es compatible con el artículo 10, letra c), de la Directiva 2008/94.

El Tribunal señala que la Directiva permite excluir la obligación de pago de los créditos salariales a los trabajadores en los casos en los que el trabajador asalariado, por sí mismo o junto con sus parientes próximos, sea propietario de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerza una influencia considerable en sus actividades. Las dudas surgen en relación con el plazo que fija la norma nacional (6 meses). El tribunal considera que es razonable y no afecta a los objetivos esenciales de la directiva fijar un plazo de 6 meses, pues en tales circunstancias no puede excluirse que el trabajador, al que se deniega el derecho a la garantía, pueda ser responsable de la insolvencia de la empresa de que se trata.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

Revista de Derecho del Trabajo

Justicia Laboral

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA REFORMA LABORAL DE 2012. EL REAL DECRETO-LEY 3/2012, DE 10 DE FEBRERO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

Catedrático de Derecho del Trabajo de la UNED y Abogado

RESUMEN

La reforma laboral de 2012. El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral

El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, cuya presentación sistematizada es el objeto de este artículo, introduce cambios de gran importancia en las principales institucionales que configuran nuestras relaciones laborales.

Baste con señalar que el Real Decreto-ley 3/2012 elimina la autorización administrativa para el despido colectivo y define sobre nuevas bases las causas que lo permiten. En segundo término, la reforma reduce la indemnización por despido improcedente de cuarenta y cinco a treinta y tres días por año de servicio. Además, suprime el llamado «despido exprés», quizás en términos no del todo claros, así como los salarios de tramitación, salvo para determinados supuestos. Por si lo anterior no fuera suficiente, la reforma, entre otras muchas cosas, introduce nuevos derechos de formación, modifica de nuevo, por tercera vez en menos de dos años, el contrato para la formación y el aprendizaje; crea un nuevo «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores», que pueden celebrar las empresas de menos de cincuenta trabajadores, y, en fin, trata de promover un cambio «cultural» favoreciendo la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la extinción del contrato de trabajo.

La exposición de todas estas importantes novedades es el objetivo del presente artículo.

Palabras clave: Reforma laboral, mercado de trabajo, Estatuto de los trabajadores, contrato laboral, extinción del contrato, flexibilidad interna, indemnización por despido, jurisdicción social, Seguridad Social, empleo.

ABSTRACT

The labour reform of 2012. Royal Decree-law 3/2012 of 10 February, on urgent measures to reform the labour market

Royal Decree-Law 3/2012 of 10 february on urgent measures to reform the labour market, systematic presentation of which is the subject of this article introduces big changes in the main institutions that shape our labour relations. Suffice it to say that the Royal Decree Law 3/2012 eliminates the administrative authorization for collective dismissals and on a new basis defines the causes that allow it. Second, the reform reduced compensation for unfair dismissal from forty-five to thirty-three days per year of service. Also suppresses the so-called «express dismissal, «perhaps in terms not entirely clear, and the salaries accrued during the proceeding, except for certain cases. As if that were not enough, the labour reform, among other things, introduces new rights to training and have been amended the contract for training and learning for the third time in less than two years; creates a new indefinite employment contract to support entrepreneurs» for companies with less than fifty employees, and, finally, is promoting a «cultural» change, favoring internal flexibility in the companies as an alternative to the dismissals. All these important developments is the objective of this article.

Keywords: Labour reform, labour market, Statute of labourers, labour contract, dismissal, internal flexibility, compensation for dismissal, social jurisdiction, Social Security, employment.

Fecha de recepción: 14/02/2012.

Fecha de aceptación: 14/02/2012.

SUMARIO

- I. RELEVANCIA, PRINCIPALES CONTENIDOS Y ENTRADA EN VIGOR DE LA REFORMA LABORAL DE FEBRERO DE 2012.
1. **Entrada en vigor y algunos ejemplos de su relevancia.**
 2. **Principales contenidos.**
 3. **Las Leyes modificadas.**
- II. LAS MEDIDAS PARA FAVORECER LA EMPLEABILIDAD.
1. **Intermediación laboral: las empresas de trabajo temporal podrán actuar como agencias de colocación.**
 2. **Las modificaciones en materia de formación profesional: el derecho a la formación necesaria para las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, el derecho a un permiso retribuido de 20 horas anuales de formación y la «cuenta de formación» del trabajador.**
 3. **La nueva modificación del contrato para la formación y el aprendizaje y sus bonificaciones.**
- III. EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA Y OTRAS MEDIDAS PARA FAVORECER LA CREACIÓN DE EMPLEO.
1. **El nuevo «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores» en las empresas que tengan menos de 50 trabajadores: el período de prueba de un año.**
 2. **La admisión de horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial.**
 3. **El trabajo a distancia o teletrabajo.**
 4. **Bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social por transformación de contratos en prácticas, de relevo y de sustitución en indefinidos.**
- IV. MEDIDAS PARA FAVORECER LA FLEXIBILIDAD INTERNA EN LAS EMPRESAS COMO ALTERNATIVA A LA «DESTRUCCIÓN» DE EMPLEO.
1. **La clasificación profesional sólo puede hacerse por grupos y no por categorías profesionales y el criterio de las funciones que se desempeñen «durante más tiempo» en casos de polyvalencia.**
 2. **La empresa puede distribuir de forma irregular el 5 por 100 de la jornada a lo largo del año.**
 3. **Movilidad funcional.**
 4. **Movilidad geográfica: la nueva definición de las causas que la permiten y la eliminación de la posible paralización de la efectividad del traslado hasta un máximo de seis meses por decisión de la autoridad laboral.**

5. **Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.**
 6. **Suspensión del contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativa o de producción o derivadas de fuerza mayor y la prolongación de sus medidas de apoyo, así como la reposición de las prestaciones por desempleo.**
 7. **Las reformas en materia de negociación colectiva.**
- V. **MEDIDAS PARA FAVORECER LA EFICIENCIA DEL MERCADO DE TRABAJO Y REDUCIR LA DUALIDAD LABORAL.**
1. **La anticipación al 31 de diciembre de 2012 de la terminación de la suspensión de la previsión legal sobre encadenamiento de contratos temporales.**
 2. **La nueva regulación del despido colectivo: la eliminación de la autorización administrativa y la nueva definición de las causas, aplicable también al despido objetivo del artículo 52.c) ET.**
 3. **La nueva definición de los despidos objetivos por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo y por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes.**
 4. **La procedencia e improcedencia del despido objetivo.**
 5. **La indemnización por despido improcedente se reduce, para los nuevos contratos, a treinta y tres días por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades.**
 6. **La eliminación de los salarios de tramitación en caso de despido improcedente salvo para los supuestos de opción por la readmisión o de que se trate de un representante legal de los trabajadores o de un delegado sindical y el pago por el Estado de aquellos salarios.**
 7. **La supresión del despido «exprés».**
 8. **Despido y prestación por desempleo.**
 9. **El resarcimiento al empresario por el Fogasa de una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio se cñe a las extinciones de contratos indefinidos de empresas de menos de 25 trabajadores y que no hayan sido judicialmente declaradas como improcedentes.**
- VI. **LAS RESTANTES PREVISIONES DEL RDL 3/2012.**
1. **Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y del artículo 46 ET en el sector público.**
 2. **Normas aplicables a las entidades de crédito.**
 3. **Contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal.**
 4. **Control de la incapacidad temporal y Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.**
 5. **Modificaciones en materia de conciliación de la vida laboral y familiar.**
 6. **Modificaciones del subsistema de formación profesional para el empleo.**
 7. **Modificaciones y medidas de ámbito estatal en la Estrategia Española de Empleo 2012-2014.**
 8. **Modificación de las reglas del abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único de la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.**
-

I. RELEVANCIA, PRINCIPALES CONTENIDOS Y ENTRADA EN VIGOR DE LA REFORMA LABORAL DE FEBRERO DE 2012

1. Entrada en vigor y algunos ejemplos de su relevancia

La reforma laboral, en vigor desde el 12 de febrero de 2012, sin perjuicio de lo previsto en sus disposiciones transitorias a las que más adelante se aludirá, introduce cambios de gran importancia en la regulación legal de nuestro mercado de trabajo.

En efecto, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral («**RDL 3/2012**»), modifica de forma relevante las institucionales cardinales de nuestras relaciones laborales. Baste con señalar que se elimina la autorización administrativa para el despido colectivo, se reduce la indemnización por despido improcedente de 45 a 33 días por año de servicio y, en fin, que se suprimen los salarios de tramitación y, en los términos que se precisarán, el llamado despido «expres».

2. Principales contenidos

Se anticipan seguidamente los principales contenidos de la reforma, que se desarrollarán en los siguientes apartados:

- Las empresas de trabajo temporal podrán operar, además, como agencias de colocación.
- Se crea una «cuenta de formación», asociada al número de afiliación a la Seguridad Social, en la que se anotará la formación recibida para el trabajador a lo largo de su carrera profesional. Se reconoce expresamente, además, el derecho a la formación. Se reconoce como derecho de los trabajadores el de la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo.
- Se modifica de nuevo, por tercera vez en menos de dos años, el contrato para la formación y el aprendizaje, reduciéndose las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social.
- Se crea un nuevo «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores» del que se pueden beneficiar las empresas de menos de 50 trabajadores y que cuenta con un período de prueba de un año.
- Se modifica el contrato a tiempo parcial, permitiéndose la realización de horas extraordinarias.
- Se regula por vez primera el «teletrabajo» o trabajo a distancia.
- Se bonifica la transformación de determinados contratos (prácticas, de relevo) en indefinidos.
- El sistema de clasificación profesional sólo puede hacerse por grupos profesionales y no por categorías profesionales.
- Se establece que, en defecto de pacto, la empresa puede distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5 por 100 de la jornada de trabajo.

- Con la finalidad de favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la extinción del contrato de trabajo, se facilita: (i) la movilidad funcional y geográfica; (ii) la modificación sustancial de las condiciones de trabajo; (iii) la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, eliminándose la autorización administrativa y prorrogándose la llamada reposición de las prestaciones por desempleo; (iv) la inaplicación («descuelgue») de determinadas condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable dejan de ceñirse al régimen salarial, previéndose que en caso de desacuerdo cualquiera de las partes puede someter la discrepancia al arbitraje de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas; (v) la primacía aplicativa del convenio colectivo de empresa en determinadas materias, sin que los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos sectoriales estatales o autonómicos puedan impedirlo; y (vi) la llamada «ultraactividad» del convenio colectivo se limita a dos años desde la denuncia del convenio.
- Se anticipa al 31 de diciembre de 2012 la terminación de la suspensión de la previsión legal sobre encadenamiento de contratos temporales.
- Se elimina la autorización administrativa para el despido colectivo y se definen sobre nuevas bases las causas que lo permiten, suprimiéndose las predicciones de futuro, de tan difícil prueba, con la finalidad de ceñir el ámbito del control judicial de las decisiones empresariales.
- Se reduce la indemnización por despido improcedente de 45 a 33 días por año de servicio, lo que permite eliminar la modalidad contractual del contrato para el fomento de la contratación indefinida.
- Se eliminan los salarios de tramitación, salvo en supuestos de readmisión o de que se trate de un representante de los trabajadores, así como, en los términos que se expondrán, el llamado despido «expres».
- El abono por el Fogasa de ocho días de indemnización en caso de despido objetivo o colectivo pasa a limitarse a empresas de menos de veinticinco trabajadores, excluyéndose además los supuestos de improcedencia de la extinción.
- Se clarifica la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público y se establecen determinadas especialidades en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal.
- Se establecen determinadas normas para las entidades de crédito en materia de indemnización y suspensión y extinción de contratos.

3. Las Leyes modificadas

La reforma de febrero de 2012 modifica ampliamente no sólo el Estatuto de los Trabajadores (texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo; «ET»), sino también la reciente Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social («LRJS»), y, en menor medida, la Ley General de la Seguridad Social (texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio; «LGSS»), la

Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; «LISOS»), la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal («LETT») y la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo («LE»).

II. LAS MEDIDAS PARA FAVORECER LA EMPLEABILIDAD

1. **Intermediación laboral: las empresas de trabajo temporal podrán actuar como agencias de colocación**

Se permite que las empresas de trabajo temporal actúen, además, como agencias de colocación. Para ello tienen que presentar al servicio público de empleo competente una «declaración responsable» de cumplimiento de los requisitos de la LE, entre los que se halla, y así pasa a preverse expresamente respecto de las empresas de trabajo temporal que actúan como agencias de colocación, la gratuidad para los trabajadores.

Artículo 1 RDL 3/2012, que modifica en este sentido el ET, la LETT y la LE. La disposición transitoria primera del RDL 3/2012 regula el régimen transitorio de actuación de las empresas de trabajo temporal como agencias de colocación..

2. **Las modificaciones en materia de formación profesional: el derecho a la formación necesaria para las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, el derecho a un permiso retribuido de 20 horas anuales de formación y la «cuenta de formación» del trabajador**

Se reconoce como derecho de los trabajadores el de la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo. La formación corre a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación. En todo caso, el tiempo destinado a la formación se considera tiempo de trabajo efectivo.

Se reconoce a los trabajadores con, al menos, un año de antigüedad en la empresa, el derecho a un permiso retribuido de 20 horas anuales de formación vinculada al puesto de trabajo, acumulables por un periodo de hasta tres años. La concreción del disfrute del permiso se fijará de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario.

La formación recibida por el trabajador a lo largo de su carrera profesional, de acuerdo con el Catálogo de Cualificaciones Profesionales, se inscribirá en una «cuenta de formación», asociada al número de afiliación a la Seguridad Social. Los servicios públicos de empleo efectuarán las anotaciones correspondientes en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

Durante el tiempo en que los trabajadores participen en acciones de formación las empresas los pueden sustituir con trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo, siendo obligatorio para estos últimos trabajadores.

Se introducen la participación de los centros y entidades de formación debidamente acreditados en el diseño y planificación del subsistema de formación profesional para el empleo.

Artículo 2 RDL 3/2012, que modifica en este sentido los artículos 4.2.b) y 23 ET, la LE y la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de reforma del sistema de desempleo. La disposición final segunda del RDL 3/2012 dispone que el Gobierno desarrollará la cuenta de formación. Y, por su parte, la disposición final tercera del RDL 3/2012 prevé que el Gobierno, previa consulta con los interlocutores sociales, evaluará la conveniencia de crear un cheque formación destinado a financiar el derecho individual a la formación de los trabajadores.

3. La nueva modificación del contrato para la formación y el aprendizaje y sus bonificaciones

Se modifica por tercera vez en menos de dos años el contrato para la formación y el aprendizaje.

En síntesis, las principales modificaciones son las siguientes: (i) si bien la edad máxima del contrato para la formación y el aprendizaje se establece en los menores de 25 años, hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15 por 100 podrán realizarse contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores menores de 30 años; (ii) la duración máxima se establece en tres años y la mínima de un año puede reducirse hasta seis meses por convenio colectivo; (iii) expirada la duración del contrato para la formación y el aprendizaje, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa para la misma actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato, pero sí para una distinta; (iv) el trabajador podrá recibir la formación inherente al contrato en la propia empresa cuando dispusiera de las instalaciones y el personal adecuados a los efectos de la acreditación de la competencia o cualificación profesional; (v) se establece que el tiempo de trabajo efectivo no puede ser superior, durante el segundo y el tercer año, al 85 por 100 de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal; (vi) se remiten al desarrollo reglamentario los aspectos relacionados con la financiación de la actividad formativa; y (vii) se eliminan las previsiones, por una parte, de que las actividades formativas deberán comenzar en el plazo máximo de cuatro meses a contar desde la fecha de celebración del contrato y, de otra, de que la formación que se celebre con trabajadores que no hayan obtenido el título de educación secundaria obligatoria debe permitir la obtención de dicho título.

Artículo 11.2 ET, en la redacción dada por el artículo 2.Dos RDL 3/2012. La disposición transitoria séptima del RDL 3/2012 regula la actividad formativa y su financiación en los contratos para la formación y el aprendizaje vigentes. Lo propio hace la disposición transitoria octava del RDL 3/2012 respecto de la actividad formativa y su financiación en los contratos para la formación y el aprendizaje celebrados a partir de la entrada en vigor de la norma. Y, en fin, es la disposición transitoria novena del RDL 3/2012 la que permite celebrar el contrato con trabajadores menores de 30 años.

Las empresas que, a partir de la entrada en vigor del RDL celebren contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo con anterioridad al 1 de enero de 2012 tendrán derecho, durante toda la vigencia del contrato, incluida la prórroga, a una reducción de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación

profesional, correspondientes a dichos contratos, del 100 por 100 si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75 por 100, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esa cifra.

Asimismo, en los contratos para la formación y el aprendizaje celebrados o prorrogados según lo dispuesto en el párrafo anterior, se reducirá el 100 por 100 de las cuotas de los trabajadores a la Seguridad Social durante toda la vigencia del contrato, incluida la prórroga.

Las empresas que transformen en contratos indefinidos los contratos para la formación y el aprendizaje, cualquiera que sea la fecha de su celebración, tendrán derecho a una reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 euros/año, durante tres años. En el caso de mujeres, dicha reducción será de 1.800 euros/año.

Artículo 3 RDL 3/2012.

III. EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA Y OTRAS MEDIDAS PARA FAVORECER LA CREACIÓN DE EMPLEO

1. El nuevo «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores» en las empresas que tengan menos de 50 trabajadores: el período de prueba de un año

Las empresas de menos de 50 trabajadores pueden concertar un nuevo contrato llamado «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores».

El contrato se celebrará por tiempo indefinido y a jornada completa, y se formalizará por escrito en el modelo que se establezca.

El régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el ET y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido. La única excepción radica en la duración del período de prueba a que se refiere el artículo 14 ET, que será de «un año en todo caso».

Apartados 1 a 3 del artículo 4 RDL 3/2012.

La empresa tendrá derecho a aplicar determinados incentivos fiscales.

Se trata de los siguientes (apartado 4 del artículo 4 RDL 3/2012):

- a) En el supuesto de que el primer contrato de trabajo concertado por la empresa se realice con un menor de 30 años, la empresa tendrá derecho a una deducción fiscal de tres mil euros.
- b) Adicionalmente, en caso de contratar desempleados beneficiarios de una prestación contributiva por desempleo regulada en el título III de la LGSS, la empresa tendrá derecho a una deducción fiscal con un importe equivalente al 50 por 100 de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación, con el límite de doce mensualidades, y de acuerdo con las siguientes reglas:

- 1.º) El trabajador contratado deberá haber percibido la prestación durante, al menos, tres meses en el momento de la contratación.
- 2.º) El importe de la deducción a que tiene derecho la empresa quedará fijado en la fecha de inicio de la relación laboral y no se modificará por las circunstancias que se produzcan con posterioridad.
- 3.º) La empresa requerirá al trabajador un certificado del Servicio Público de Empleo Estatal sobre el importe de la prestación pendiente de percibir en la fecha prevista de inicio de la relación laboral.

El trabajador contratado podrá voluntariamente compatibilizar cada mes, junto con el salario, el 25 por 100 de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y pendiente de percibir en el momento de su contratación.

En todo caso, cuando el trabajador no compatibilice la prestación con el salario en los términos del párrafo anterior, se mantendrá el derecho del trabajador a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación, siendo de aplicación lo establecido en los artículos 212 y 213 LGSS.

Con independencia de los incentivos fiscales anteriormente citados, las contrataciones de desempleados inscritos en la oficina de empleo darán derecho a las siguientes bonificaciones, siempre que se refieran a jóvenes entre 16 y 30 años, ambos inclusive, y mayores de 45 años, que hayan estado inscritos en la Oficina de Empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación.

Las bonificaciones son las siguientes (apartado 5 del artículo 4 RDL 3/2012):

- a) Jóvenes entre 16 y 30 años, ambos inclusive: la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía será de 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; de 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) en el segundo año, y de 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año.

Cuando estos contratos se concierten con mujeres en sectores en los que este colectivo esté menos representado las cuantías anteriores se incrementarán en 8,33 euros/mes (100 euros/año).

- b) Mayores de 45 años, que hayan estado inscritos en la oficina de Empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación: la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, cuya cuantía será de 108,33 euros/mes (1.300 euros/año) durante tres años.

Cuando estos contratos se concierten con mujeres en sectores en los que este colectivo esté menos representado, las bonificaciones indicadas serán de 125 euros/mes (1.500 euros/año).

Estas bonificaciones serán compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, sin que en ningún caso la suma de las bonificaciones aplicables pueda superar el 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

No podrá concertar el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores la empresa que, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera

realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o hubiera procedido a un despido colectivo. En ambos supuestos, la limitación afectará únicamente a las extinciones y despidos producidos con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 3/2012, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo.

Para la aplicación de los incentivos anteriormente referidos, el empresario deberá mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral, procediendo en caso de incumplimiento de esta obligación a su reintegro.

No se considerará incumplida la obligación de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado o reconocido como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.

A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se tendrá en cuenta el número de trabajadores de la empresa en el momento de producirse la contratación.

Apartados 6 a 9 del artículo 4 RDL 3/2012. En lo no establecido en el artículo 4 RDL 3/2012 serán de aplicación las previsiones contenidas en la sección 1.ª del capítulo I de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, salvo lo establecido en el artículo 6.2 en materia de exclusiones.

2. La admisión de horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial

Los trabajadores a tiempo parcial podrán realizar horas extraordinarias. El número de horas extraordinarias que se podrán realizar será el legalmente previsto en proporción a la jornada pactada.

Las horas extraordinarias realizadas en el contrato a tiempo parcial computarán a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y bases reguladoras de las prestaciones.

La realización de horas complementarias se regirá por lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 12 del ET.

En todo caso, la suma de las horas ordinarias, extraordinarias y complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado uno del artículo 12 ET.

Letra c) del apartado 4 del artículo 12 ET, modificado por el artículo 5 RDL 3/2012. La cotización a la Seguridad Social de las horas extraordinarias en los contratos de trabajo a tiempo parcial se regula por la disposición final novena del RDL 3/2012.

3. El trabajo a distancia o teletrabajo

La reforma regula legalmente, por primera vez en España, lo que denomina «trabajo a distancia», comúnmente conocido como teletrabajo. Es verdad que el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo de 2002 ya se había incorporado como anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva («ANG») de 2003. Pero no existían previsiones legales

y el ANC tenía mera eficacia obligacional, por lo que, como destacó la STS de 11 de abril de 2005, el Acuerdo Marco Europeo no se había incorporado al Derecho español.

Tiene la consideración de trabajo a distancia aquél en que la prestación de la actividad laboral se realiza de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.

El acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se formalizará por escrito. La citada STS de 11 de abril de 2005 ya había sentado que no podía imponerse el teletrabajo por la vía del artículo 41 ET. Tanto si el acuerdo de trabajo a distancia se estableciera en el contrato inicial como si fuera posterior, le son de aplicación las reglas contenidas en el artículo 8.3 ET sobre la copia básica del contrato de trabajo.

Los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquéllos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial. En especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones.

El empresario deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional continua, a fin de favorecer su promoción profesional. Asimismo, a fin de posibilitar la movilidad y promoción, deberá informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo.

Los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, y su normativa de desarrollo.

Los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la presente Ley. A estos efectos dichos trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa.

El expuesto es el tenor literal del nuevo artículo 13 ET, denominado ahora «trabajo a distancia», en la redacción dada al mismo por el artículo 6 del RDL 3/2012. La redacción del artículo 13 ET, que deja de denominarse «contrato de trabajo a domicilio», cambia sustancialmente.

4. Bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social por transformación de contratos en prácticas, de relevo y de sustitución en indefinidos

Las empresas que transformen en indefinidos contratos en prácticas, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración, tendrán derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años.

En el caso de mujeres, dichas bonificaciones serán de 58,33 euros/mes (700 euros/año).

Podrán ser beneficiarios de las bonificaciones establecidas en este artículo las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores en el momento de producirse la contratación, incluidos los trabajadores autónomos, y sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena.

Los trabajadores contratados al amparo de este artículo serán objetivo prioritario en los planes de formación para personas ocupadas dentro de los programas de formación profesional para el empleo, así como de cualquier otra medida de política activa de empleo, al objeto de incrementar su cualificación profesional.

Artículo 7 del RDL 3/2012. En lo no previsto en este precepto, será de aplicación lo establecido en la sección 1.ª del capítulo I de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

Es la disposición adicional primera RDL 3/2012 la que regula la financiación, aplicación y control de las bonificaciones y reducciones de las cotizaciones sociales previstas en el propio RDL 3/2012.

IV. MEDIDAS PARA FAVORECER LA FLEXIBILIDAD INTERNA EN LAS EMPRESAS COMO ALTERNATIVA A LA «DESTRUCCIÓN» DE EMPLEO

1. La clasificación profesional sólo puede hacerse por grupos y no por categorías profesionales y el criterio de las funciones que se desempeñen «durante más tiempo» en casos de polivalencia

Tras el RDL 3/2012, el sistema de clasificación profesional sólo puede hacerse por grupos profesionales, desapareciendo la anterior referencia a las categorías profesionales, así como a las categorías equivalentes.

Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen «durante mayor tiempo», pasa a decirse ahora, en vez de las funciones «prevalentes».

Artículo 22 ET, en la redacción dada al mismo por el artículo 8 RDL 3/2012.

Los convenios colectivos tienen un plazo de un año para adaptar su sistema de clasificación profesional a la nueva redacción del artículo 22 ET, que, como se ha visto, elimina toda referencia a las categorías profesionales.

Disposición adicional novena RDL 3/2012.

2. La empresa puede distribuir de forma irregular el 5 por 100 de la jornada a lo largo del año

El artículo 34.2 ET sigue previendo que mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se puede establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, así como que dicha distribución debe respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en el ET. La novedad radica en que se añade ahora que «en defecto de pacto en contrario, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5 por 100 de la jornada de trabajo».

Artículo 34.2 ET, en la redacción dada por el artículo 9 RDL 3/2012. El Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, había introducido una previsión similar en el artículo 85.3 ET, sin reformar el artículo 34.2 ET, lo que podría plantear algún problema. Pero, tras el RDL 3/2012, la previsión se lleva al artículo 34.2 ET y desaparece del artículo 85.3 ET.

3. Movilidad funcional

En coherencia con la expuesta reforma de la clasificación profesional, se elimina igualmente toda referencia a las categorías profesionales equivalentes en la nueva redacción dada al artículo 39 ET.

En caso de que la movilidad se disponga para realizar funciones no correspondientes al grupo profesional, se añade ahora que el empresario ha de comunicar las razones de su decisión a los representantes de los trabajadores.

Artículo 39 ET, en la redacción dada por el artículo 10 RDL 3/2012. La nueva redacción del artículo 39 ET elimina la referencia a que la movilidad funcional se realizará «sin perjuicio de (la) formación y promoción profesional» del trabajador.

4. Movilidad geográfica: la nueva definición de las causas que la permiten y la eliminación de la posible paralización de la efectividad del traslado hasta un máximo de seis meses por decisión de la autoridad laboral

Tras el RDL 3/2012, se considera que las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifican la movilidad geográfica son las que están relacionadas con «la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial». Como se verá a continuación, la misma definición realiza el RDL 3/2012 para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con la única diferencia de que no se mencionan las contrataciones referidas a la actividad empresarial.

En consecuencia, deja de decirse, como se decía con anterioridad al RDL 3/2012, que se entiende que concurren las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de la movilidad geográfica cuando «la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda».

La segunda modificación de importancia en materia de movilidad geográfica es que se elimina la posible paralización de la efectividad del traslado hasta seis meses por decisión de la autoridad laboral.

Artículo 40 ET, en la redacción dada por el artículo 11 RDL 3/2012.

5. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo

Los cambios que introduce el RDL 3/2012 en la regulación legal de las modificaciones sustanciales del artículo 41 ET son relevantes.

En primer lugar, como se ha anticipado, de forma coincidente con lo sucedido con la movilidad geográfica, tras el RDL 3/2012, se considera que las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifican la modificación sustancial de condiciones de trabajo son las que están relacionadas con «la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa». En consecuencia, deja de decirse, como se decía con anterioridad al RDL 3/2012, que se entiende que concurren las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de la modificación sustancial cuando «la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda».

En segundo lugar, se introduce expresamente la «cuantía salarial» como una de las condiciones de trabajo susceptibles de modificación. Asimismo, a partir del RDL 3/2012, la modificación de la cuantía salarial, así como del sistema de remuneración y del sistema de trabajo y rendimiento, permiten al trabajador perjudicado por la modificación extinguir su contrato de trabajo percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de nueve meses.

En tercer lugar, se define sobre una nueva base la delimitación entre lo que son modificaciones individuales y modificaciones colectivas, abandonándose la definición en función de la fuente de reconocimiento de la condición de trabajo. En la línea del despido colectivo, pasan a ser colectivas las modificaciones que superen determinados umbrales numéricos (exactamente los mismos que en caso de despido colectivo) e individuales las que se queden por debajo de esos umbrales.

En cuarto lugar, la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley pasa a regularse en el artículo 82.3 ET, abandonando así, salvo en materia de «descuelgue» salarial, su anterior inserción en el artículo 41 ET.

La modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET pasa a circunscribirse, así, a condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión del empresario de efectos colectivos.

Artículo 41 ET, en la redacción dada por el artículo 12 RDL 3/2012.

Finalmente, el RDL 3/2012 da nueva redacción a una de las causas que el artículo 50 ET permite al trabajador solicitar la extinción indemnizada del contrato de trabajo, que pasa a formularse así: «las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 ET y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador». Se abandona la referencia al perjuicio en la formación profesional y se introduce en el artículo 50.1.a) ET la referencia al incumplimiento de lo previsto en el artículo 41 ET.

Artículo 50.1.a) ET, en la redacción dada por el artículo 12 RDL 3/2012.

6. Suspensión del contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativa o de producción o derivadas de fuerza mayor y la prolongación de sus medidas de apoyo, así como la reposición de las prestaciones por desempleo

De forma similar a como más adelante se verá que sucede con el despido colectivo, se ha eliminado la hasta ahora preceptiva autorización administrativa para la suspensión del contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

La decisión pasa a ser del empresario, en los términos que seguidamente se exponen, sin que el empresario tenga que obtener autorización administrativa alguna.

El procedimiento se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días. Hasta ahora, en las empresas de menos de 50 trabajadores, el plazo máximo era de 8 días. No es descartable que esta ampliación del plazo para las empresas de menos de 50 trabajadores sea una inadvertida omisión del RDL 3/2012.

La autoridad laboral dará traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del período de consultas. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas y quedará incorporado al procedimiento. A destacar que el Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social pasa a ser de 15 (y no de 10) días y a realizarse con posterioridad a la finalización del período de consultas, a fin de que aquella Inspección pueda informar sobre su desarrollo.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET.

Cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo primero y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

También podrá ser impugnado el acuerdo por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo cuando el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

Tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión. La autoridad laboral comunicará la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación de desempleo, fecha a partir de la cual surtirá efectos la decisión empresarial sobre la suspensión de los contratos, salvo que en ella se contemple una posterior.

Contra las decisiones empresariales podrá reclamar el trabajador ante la jurisdicción social, que declarará la medida justificada o injustificada. Cuando la decisión empresarial afecte a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 ET se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual. La interposición del conflicto colectivo paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución.

Artículo 47.1 ET, en la redacción dada por el artículo 13 RDL 3/2012.

La redacción dada por el RDL 3/2012 adolece de algunas omisiones, probablemente involuntarias y fruto de cierta precipitación, que seguramente se subsanen si el RDL se acaba tramitando como proyecto de ley, así como, en la medida que ello sea posible habida cuenta de su rango, en el reglamento de procedimiento de despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada que el Gobierno ha de aprobar en el plazo de un mes desde la entrada en vigor del RDL 3/2012 para desarrollar lo establecido en el mismo, con especial atención a los aspectos relativos al periodo de consultas, la información a facilitar a los representantes de los trabajadores en el mismo, las actuaciones de la autoridad laboral para velar por su efectividad, así como los planes de recolocación y las medidas de acompañamiento social asumidas por el empresario.

Disposición final decimoquinta.2 RDL 3/2012.

Es llamativo que el RDL 3/2012 no defina las causas que permiten suspender el contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, consistentes, hasta ahora, en su necesidad para superar una situación «coyuntural» en la actividad de la empresa.

Se tramitarán a través del proceso de conflicto colectivo las decisiones empresariales de suspensión y reducción de jornada del artículo 47 ET que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 ET.

Artículo 153.1 LRJS, en la redacción dada por el artículo 23.Nueve RDL 3/2012. La eliminación de la autorización administrativa para la suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción lleva al RDL 3/2012 a modificar adicionalmente varios preceptos de la LRJS, como es el caso, entre otros, de sus artículos 43.4, 64.1, 70.1 y 184, así como de la LGSS (artículos 203.2 y 3 LGSS, 208.1.2) y 3) y 210.5).

Las decisiones empresariales de suspensión de contrato y reducción de jornada que afecten a un número de trabajadores inferior a los mencionados empresariales se pueden impugnar por la modalidad procesal del artículo 138 LRJS.

En estos casos, la sentencia no será recurrible en suplicación (artículo 191.2 e) LRJS, en la redacción dada por el artículo 24.Uno RDL 3/2012.

La situación legal de desempleo se acredita mediante:

- a) Comunicación escrita del empresario al trabajador en los términos establecidos en el artículo 47 ET. La causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo deberá figurar en el certificado de empresa, considerándose documento válido para su acreditación. La fecha de efectos de la situación legal de desempleo indicada en el certificado de empresa habrá de ser en todo caso coincidente o posterior a la fecha en que se comunique por la autoridad laboral a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo la decisión empresarial por la que se acuerda la suspensión de contratos o reducción de jornada.
- b) El acta de conciliación administrativa o judicial o la resolución judicial definitiva.

La acreditación de la situación legal de desempleo deberá completarse con la comunicación, de la autoridad laboral a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, de la decisión del empresario adoptada al amparo de lo establecido en el artículo 47 ET, en la que deberá constar la causa de la situación legal de desempleo, los trabajadores afectados, si el desempleo es total o parcial, y en el primer caso si es temporal o definitivo. Si fuese temporal se deberá hacer constar el plazo por el que se producirá la suspensión o reducción de jornada, y si fuera parcial se indicará el número de horas de reducción y el porcentaje que esta reducción supone respecto a la jornada diaria ordinaria de trabajo.

Disposición adicional quincuagésimo cuarta LGSS, añadida por la disposición final sexta del RDL 3/2012.

Los expedientes de regulación de empleo para la suspensión de los contratos de trabajo o para la reducción de jornada que estuvieran en tramitación a la entrada en vigor del RDL 3/2012 se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio.

Los expedientes de regulación de empleo para la suspensión de los contratos de trabajo o para la reducción de jornada, resueltos por la autoridad laboral y con vigencia en su aplicación en la fecha de entrada en vigor del RDL 3/2012, se regirán por la normativa en vigor cuando se dictó la resolución del expediente.

Disposición transitoria décima RDL 3/2012.

Por lo demás, como era de esperar y se había pedido de forma expresa por los agentes sociales, se prolongan las medidas de apoyo a la suspensión de contratos y a la reducción de jornada.

En primer lugar, se prolongan a las solicitudes presentadas desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013 la bonificación del 50 por 100 de las cuotas empresariales

a la Seguridad Social por contingencias comunes, devengadas por los trabajadores en situaciones de suspensión de contrato o reducción temporal de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o fuerza mayor, incluidas las suspensiones de contratos colectivos tramitadas de conformidad con la legislación concursal.

Y se prolonga, en segundo lugar, la reposición de las prestaciones por desempleo a las suspensiones o reducciones de jornada que se produzcan entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, ambos inclusive, si el posterior despido se produce entre la fecha de entrada en vigor del RDL 3/2012 y el 31 de diciembre de 2013.

Artículos 15 y 16 RDL 3/2012, que, prolongando y cambiando las fechas, reproducen básicamente los artículos 1 y 3 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. No obstante hay algunas diferencias. Así, el artículo 15 RDL 3/2012 no reproduce los apartados 2 bis y 7 del artículo 1 de la Ley 27/2009, ni tampoco el artículo 16 RDL 3/2012 reproduce el apartado 3 del artículo 3 de la Ley 27/2009. La no reproducción del apartado 7 de la Ley 27/2009 es lógica si se repara en el apartado 2 de la disposición adicional primera RDL 3/2012.

Es, precisamente, esta disposición adicional primera RDL 3/2012 la que regula la financiación, aplicación y control de las bonificaciones y reducciones de las cotizaciones sociales previstas en el propio RDL 3/2012.

Las normas de derecho transitorio sobre la reposición de las prestaciones por desempleo están en la disposición transitoria tercera del RDL 3/2012.

7. Las reformas en materia de negociación colectiva

La inaplicación («descuelgue») de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable: la función arbitral de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas

Como se ha anticipado, tras el RDL 3/2012 la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III ET deja de regularse en el artículo 41 ET y pasa a hacerse en el artículo 82.3 ET.

Al artículo 82.3 ET remite, en efecto, el apartado 6 del artículo 41 ET, en la redacción dada por el RDL 3/2012.

Es este un primer cambio de orden sistemático que se ve acompañado, en segundo lugar, de la previsión establecida en el artículo 82.3 ET de que la inaplicación («descuelgue») del convenio colectivo no se reduce ya al régimen salarial, sino que se extiende a las condiciones de trabajo previstas en el convenio aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias:

- «a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.

- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 (ET).
- g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social».

Como puede apreciarse, se reproducen las materias enunciadas en el artículo 41.1 ET, con el añadido, en el artículo 82.3 ET, de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. La diferencia radica en que la lista del artículo 41 ET no es tasada (se dice «entre otras» materias), sin que en el artículo 82.3 ET se haga esa precisión.

La inaplicación requiere que exista acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1 ET, previo desarrollo de un período de consultas en los términos del artículo 41.4 ET.

Han de concurrir causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En el RDL 3/2012, estas causas se definen en el artículo 82.3 ET en los mismos términos que, como veremos, se definen en el propio RDL para el caso de despido colectivo del artículo 51 ET y de despido objetivo del artículo 52.c) ET. Es decir, sin perjuicio de que la primera es una medida de flexibilidad interna, que es la que se quiere potenciar, y la segunda de flexibilidad externa, las mismas causas que permiten inaplicar determinadas condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable son las que permiten recurrir al despido colectivo y al despido objetivo del artículo 52.c) ET.

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 o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos.

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 o en el modo de organizar la producción, 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.

El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prologarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. Asimismo, el acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo y a la autoridad laboral.

En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia fuera planteada. Cuando ésta no alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos que «deben» establecerse en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 ET, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el

compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET.

No hay novedad relevante en lo señalado en el párrafo anterior. La novedad mayor radica en que, tras el RDL 3/2012, se dispone que cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y las partes no se hubieran sometido a los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de las discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET.

Artículo 82.3 ET, en la redacción dada por el artículo 14.Uno RDL 3/2012. Para mayores previsiones sobre la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos se remite a las disposiciones adicionales quinta y sexta del RDL 3/2012.

El sometimiento de la discrepancia a la decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o de los órganos correspondientes de las comunidades autónomas es la novedad y la solución que el RDL 3/2012 ofrece para superar las situaciones de ausencia de acuerdo («bloqueo») sobre la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable.

La primacía aplicativa del convenio colectivo de empresa en determinadas materias sin que los acuerdos y convenios estatales y autonómicos puedan impedirlo

Como se sabe, el Real Decreto-ley 7/2011 estableció la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en determinadas materias, pero permitía que los acuerdos y convenios estatales y autonómicos del artículo 83.2 ET establecieran lo contrario.

Pues bien, el RDL 3/2012 corrige esta solución y establece que la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa se produce en todo caso, impidiendo a los acuerdos y convenios estatales y autonómicos del artículo 83.2 ET disponer de esa prioridad aplicativa y establecer lo contrario.

Artículo 84.2 ET, en la redacción dada por el artículo 14.Tres RDL 3/2012. Tras el RDL 3/2012 (artículo 14.Dos) el artículo 84.1 ET precisa que un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83 ET, «y salvo lo previsto en el apartado siguiente».

La nueva regulación del contenido mínimo u obligatorio de los convenios colectivos: la eliminación de las previsiones del Real Decreto-ley sobre plazos de negociación, sobre nuevas funciones de la comisión paritaria y sobre medidas de flexibilidad interna

El RDL 3/2012 corrige de forma bastante drástica la importante reforma del artículo 85.3 ET llevada a cabo por el Real Decreto-ley 7/2011, volviendo, en muy sustancial medida y con algún matiz, a la redacción del precepto previa al Real Decreto-ley 7/2011.

En efecto, tras el RDL 3/2011, el artículo 85.3 ET deja de incorporar las letras e) (plazo máximo dispositivo para el inicio de la negociación de un nuevo convenio), f) (plazo máximo dispositivo para la negociación de un convenio colectivo) y g) (la adhesión y sometimiento a los procedimientos de solución de conflictos, si esos procedimientos no fueran de aplicación directa, tras el transcurso del plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo) que trabajosamente había añadido al precepto el Real Decreto-ley 7/2011, en relación, respecto de los plazos, con la nueva redacción dada al artículo 89.2 ET, redacción que también modifica el RDL 3/2012.

También prescinde el RDL 3/2012 de establecer el plazo mínimo dispositivo para la denuncia del convenio colectivo que había introducido el Real Decreto-ley 7/2011 y, lo que es más relevante, de las nuevas e importantes funciones atribuidas a la comisión paritaria por este último Real Decreto-ley.

Seguramente sea la nueva regulación que establece de la llamada ultraactividad, a la que seguidamente se alude, la razón que explica que el RDL 3/2012 haya decidido prescindir de los plazos de negociación novedosamente introducidos por el Real Decreto-ley 7/2012.

Aunque puede resultar asimismo llamativo, menos importancia práctica tiene que el RDL 3/2012 deje de concebir las medidas de flexibilidad interna como contenido mínimo del convenio colectivo, toda vez que la más importante de dichas medidas (un porcentaje de distribución irregular de la jornada de trabajo) se lleva por el RDL 3/2012 al propio artículo 34.2 ET, donde seguramente está sistemáticamente mejor situada.

La nueva regulación de la ultraactividad

La importante novedad del RDL 3/2012 consiste en que se prevé que, «transcurridos dos años desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación». A destacar que se admite el pacto en contrario. El problema se podrá plantear cuando no haya convenio colectivo de ámbito superior aplicable.

Último párrafo del artículo 86.3 ET, en la redacción dada por el artículo 14. Seis RDL 3/2012.

En los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados en la fecha de entrada en vigor del RDL 3/2012, el plazo de dos años al que se refiere el apartado 3 del artículo 86 ET, en la redacción dada al mismo por el RDL 3/2012, empezará a computarse a partir de su entrada en vigor (disposición transitoria cuarta RDL 3/2012).

V. MEDIDAS PARA FAVORECER LA EFICIENCIA DEL MERCADO DE TRABAJO Y REDUCIR LA DUALIDAD LABORAL

1. La anticipación al 31 de diciembre de 2012 de la terminación de la suspensión de la previsión legal sobre encadenamiento de contratos temporales

El RDL 3/2012 anticipa al 31 de diciembre de 2012 la terminación de la suspensión de la previsión legal sobre encadenamiento de contratos temporales contenida en el artículo 15.5 ET.

Artículo 17 RDL 3/2012, que redacta en esos términos el artículo 5 del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo. Inicialmente, el artículo 5 del Real Decreto-ley 10/2011 suspendía la aplicación del artículo 15.5 ET hasta el 31 de agosto de 2013.

2. La nueva regulación del despido colectivo: la eliminación de la autorización administrativa y la nueva definición de las causas, aplicable también al despido objetivo del artículo 52.c) ET

La primera relevante novedad es que, al igual que ya vimos que sucedía con la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el RDL 3/2012 elimina la autorización administrativa en caso de despido colectivo.

La eliminación de la autorización administrativa obliga al RDL 3/2012 a modificar varios preceptos del ET, de la LRJS y de la LGSS.

La segunda e igualmente importante novedad es que, manteniéndose básicamente la definición de las causas que permiten recurrir al despido colectivo y con la finalidad de ceñir el ámbito del control judicial de las decisiones empresariales, se suprimen las exigencias que conducían a realizar predicciones de futuro, de tan difícil prueba.

El RDL 3/2012 sigue disponiendo que 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 «o ventas». Esta última expresión entrecomillada es, no obstante, una novedad del RDL 3/2012. Como igualmente lo es la importante previsión de que «en todo caso, se entenderá que la disminución (de ingresos o de ventas) es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos».

Igualmente sigue disponiendo el RDL 3/2012 que 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 «o en el modo de organizar la producción», y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la deman-

da de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. Sólo la expresión entrecomillada es novedad del RDL 3/2012.

Pero, en relación con las causas, la mayor novedad del RDL 3/2012 radica en que elimina del artículo 51.1 ET las exigencias, antes contenidas en el precepto, de que, respecto de las causas económicas, la empresa había de justificar que de los resultados empresariales alegados se deducía la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer la posición competitiva en el mercado; y de que, respecto de las demás causas técnicas, organizativas o de producción, la empresa había de justificar que de las mismas se deducía la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación 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. En la definición de la causa económica se elimina, asimismo, la expresión de que los resultados alegados puedan afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo.

La eliminación de estas exigencias se explica así en el preámbulo del RDL 3/2012:

«La ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Más allá del concreto tenor legal incorporado por diversas reformas desde la Ley 11/1994, ..., tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) ET».

La eliminación de la autorización administrativa redefine de forma sustancial el papel de la autoridad laboral en el despido colectivo, papel que consiste, tras el RDL 3/2012 en velar por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que, en ningún caso, supondrán la paralización ni la suspensión del procedimiento. La empresa debe hacer llegar a la autoridad laboral la comunicación de la apertura del período de consultas, aportando copia del escrito dirigido a los representantes de los trabajadores.

En ese escrito se han de consignar los siguientes extremos:

- a) La especificación de las causas del despido colectivo conforme a lo establecido en el apartado 1 del artículo 51 ET.
- b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.
- c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.
- d) Periodo previsto para la realización de los despidos.
- e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos».

Como se sabe, estos extremos venían siendo exigidos por el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, y específicamente por su artículo 8.

Hay que recordar que el Gobierno ha de aprobar en el plazo de un mes desde la entrada en vigor del RDL 3/2012 el reglamento de procedimiento de despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada para desarrollar lo establecido en aquél, con especial atención a los aspectos relativos al periodo de consultas, la información a facilitar a los representantes de los trabajadores en el mismo, las actuaciones de la autoridad laboral para velar por su efectividad, así como los planes de recolocación y las medidas de acompañamiento social asumidas por el empresario.

Disposición final decimoquinta.2 RDL 3/2012.

Recibida la comunicación, la autoridad laboral lo comunica a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recaba, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de la comunicación a los que se ha hecho referencia y sobre el desarrollo del período de consultas. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas y quedará incorporado al procedimiento. A destacar que se amplía el plazo para que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social emita su informe y, sobre todo, que el informe se emite tras la finalización del período de consultas.

Transcurrido el período de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo.

Cuando la extinción afectase a más del 50 por 100 de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de ésta, a los representantes legales de los trabajadores y, asimismo, a la autoridad laboral.

Comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario notificará los despidos individualmente a los trabajadores afectados en los términos establecidos en el artículo 53.1 ET para el despido objetivo; como se sabe este precepto requiere comunicación escrita al trabajador expresando la causa, poner a su disposición, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización legal de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades y concesión de un plazo de preaviso de quince días. No obstante, deberán haber transcurrido como mínimo 30 días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido. Es algo llamativo que, tras el RDL 3/2012, el artículo 51 ET haya dejado de establecer directamente la cuantía de la indemnización y lo haga por la vía indirecta de remitir al artículo 53.1 ET.

Los representantes legales de los trabajadores mantienen la prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos de despido colectivo. Novedosamente, el RDL 3/2002

establece que, mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.

La decisión empresarial podrá impugnarse a través de las acciones previstas para el despido colectivo. La interposición de la demanda por los representantes de los trabajadores paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta la resolución de aquella.

La autoridad laboral podrá impugnar los acuerdos adoptados en el periodo de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, así como cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

El RDL 3/2012 crea una nueva modalidad procesal denominada «despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor» por la que se encauzan la impugnación de la decisión empresarial por los representantes legales de los trabajadores.

Artículo 124 LRJS, en la redacción dada por el artículo 23.Cuatro RDL 3/2012. Esta modalidad procesal será aplicable a los despidos colectivos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 3/2012 (disposición transitoria undécima RDL 3/2012).

No resulta posible exponer aquí el nuevo contenido del artículo 124 LRJS, al que remite por cierto el párrafo segundo del artículo 153.1 LRJS. Tampoco procede analizar los artículos 191.3.a) y 206.1 LRJS, en la redacción dada por el RDL 3/2012 (apartados dos y tres del artículo 24). La eliminación de la autorización administrativa para el despido colectivo lleva al RDL 3/2012 a suprimir el apartado 11 del artículo 151 LRJS y a modificar adicionalmente varios preceptos de la LRJS, como es el caso, entre otros, de sus artículos 2.n), 6.2.a), 7.a), 8.1, 43.4, 64.1, 70.1, al igual que la LGSS [por ejemplo, artículo 208.1.1) a)].

La empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan, diseñado para un periodo mínimo de 6 meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. En todo caso, lo anterior no será de aplicación en las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal. El coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores.

El incumplimiento de la obligación establecida en este apartado o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario podrá dar lugar a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que procedan por el incumplimiento.

En efecto, tras el RDL 3/2012 se tipifica como falta muy grave el incumplimiento por el empresario de la obligación establecida en el apartado 10 del artículo 51 ET (el ofreci-

miento empresarial de un plan de recolocación externa al que se acaba de hacer referencia) o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario en el marco de los procedimientos de despido colectivo.

Apartado 14 del artículo 8 LISOS, en la redacción dada por el artículo 18.Trece RDL 3/2012.

Las empresas que realicen despidos colectivos 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.

Artículo 51 ET, en la redacción dada por el artículo 18.Tres RDL 3/2012.

En relación con la mencionada aportación al Tesoro, la disposición final cuarta del RDL 3/2012 («despidos colectivos que afecten a trabajadores mayores de 50 o más años en empresas con beneficios») da nueva redacción a la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Baste señalar que debe tratarse de empresas de más de 500 trabajadores o de empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores y que han de haber obtenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores.

Por su parte, la disposición transitoria duodécima del RDL 3/2012, que establece normas transitorias sobre las aportaciones económicas de las empresas con beneficios que hayan realizado despidos colectivos ya aprobados por la autoridad laboral con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 3/2012, dispone que las aportaciones económicas al Tesoro público deben ser hechas únicamente cuando las resoluciones autorizatorias afecten, al menos, a 100 trabajadores.

Las empresas afectadas por la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que hayan realizado despidos colectivos ya aprobados por la autoridad laboral antes de la entrada en vigor del presente real decreto-ley, únicamente deberán efectuar las aportaciones económicas a que se refiere dicha disposición cuando las resoluciones que hayan autorizado las extinciones afecten, al menos, a 100 trabajadores.

La situación legal de desempleo se acredita mediante:

- a) Comunicación escrita del empresario al trabajador en los términos establecidos en el artículo 51 ET. La causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo deberá figurar en el certificado de empresa considerándose documento válido para su acreditación. La fecha de efectos de la situación legal de desempleo indicada en el certificado de empresa habrá de ser en todo caso coincidente o posterior a la fecha en que se comunique por la autoridad laboral a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo la decisión empresarial por la que se acuerda el despido colectivo.
- b) El acta de conciliación administrativa o judicial o la resolución judicial definitiva.

La acreditación de la situación legal de desempleo deberá completarse con la comunicación de la autoridad laboral a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, de la decisión del empresario adoptada al amparo de lo establecido en el artículo 51 ET, en la que deberá constar la causa de la situación legal de desempleo, los trabajadores afectados, si el desempleo es total o parcial, y en el primer caso si es temporal o definitivo.

Disposición adicional quincuagésimo cuarta LGSS, añadida por la disposición final sexta del RDL 3/2012.

Los expedientes de regulación de empleo para la extinción de los contratos de trabajo que estuvieran en tramitación a la entrada en vigor del RDL 3/2012 se registrarán por la normativa vigente en el momento de su inicio.

Los expedientes de regulación de empleo para la extinción de los contratos de trabajo resueltos por la autoridad laboral y con vigencia en su aplicación en la fecha de entrada en vigor del RDL 3/2012, se registrarán por la normativa en vigor cuando se dictó la resolución del expediente.

Disposición transitoria décima RDL 3/2012.

3. La nueva definición de los despidos objetivos por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo y por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes

El RDL 3/2012 establece que el contrato puede extinguirse por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Previamente el empresario deberá haber ofrecido al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. Durante la formación, el contrato de trabajo quedará en suspenso y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación.

Artículo 52.b) ET, en la redacción dada por el artículo 18.Cuatro RDL 3/2012.

Y por lo que se refiere al llamado despido por absentismo, el RDL 3/2012 suprime del artículo 52.d) ET la referencia a que «siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 por 100» en los períodos de tiempo que el precepto toma en consideración.

Artículo 52.d) ET, en la redacción dada por el artículo 18.Cinco RDL 3/2012.

4. La procedencia e improcedencia del despido objetivo

El RDL 3/2012 precisa que, en caso de despido objetivo, la decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó

la decisión extintiva y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 ET y que, en otro caso, se considerará improcedente.

Penúltimo párrafo del apartado 4 del artículo 53 ET, en la redacción dada por el artículo 18.Seis RDL 3/2012.

5. La indemnización por despido improcedente se reduce, para los nuevos contratos, a treinta y tres días por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades

La indemnización por despido improcedente se reduce a treinta y tres días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de veinticuatro mensualidades. Se elimina, así, la tradicional indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio con un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

Artículo 56.1 ET, en la redacción dada por el artículo 18.Siete RDL 3/2012.

A su vez, esta reducción permite eliminar la modalidad contractual del contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida.

La disposición derogatoria única.1.a) del RDL 3/2012 deroga expresamente la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, sobre el «contrato para el fomento de la contratación indefinida».

La indemnización de treinta y tres días por año de servicio, con un máximo de veinticuatro mensualidades, será de aplicación a los contratos suscritos a partir de la entrada en vigor del RDL 3/2012.

La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 3/2012 se calculará a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de treinta y tres días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor del RDL 3/2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a cuarenta y dos mensualidades, en ningún caso.

Disposición transitoria quinta RDL 3/2012.

Los contratos de fomento de la contratación indefinida celebrados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del RDL 3/2012 continuarán rigiéndose por la normativa a cuyo amparo se concertaron. No obstante lo anterior, en caso de despido disciplinario, la indemnización por despido improcedente se calculará conforme a lo que se acaba de exponer para los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 3/2012.

Disposición transitoria quinta RDL 3/2012.

6. La eliminación de los salarios de tramitación en caso de despido improcedente salvo para los supuestos de opción por la readmisión o de que se trate de un representante legal de los trabajadores o de un delegado sindical y el pago por el Estado de aquellos salarios

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.

Sólo 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.

Artículo 56.2 ET, en la redacción dada por el artículo 18.Ocho RDL 3/2012.

Como se sabe, si el despido 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.

Artículo 56.4, en la redacción dada por el artículo 18.Nueve RDL 3/2012.

La eliminación de los salarios de tramitación se justifica así en el preámbulo del RDL 3/2012.

Respecto de los salarios de tramitación, se mantiene

«la obligación empresarial de abonarlos únicamente 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».

La supresión de los salarios de tramitación en los términos expuestos conduce al RDL 3/2012 a eliminar la referencia a dichos salarios en los apartados 4 y 5 del artículo 209 LGSS, así como, con matices en los que no se puede entrar, en los artículos 110.1 y 111.1.b) LRJS.

La supresión de los salarios de tramitación, salvo para los supuestos mencionados (básicamente la opción empresarial por la readmisión), lleva, asimismo, a que se modifique el artículo 57.1 ET para referir el abono por el Estado de aquellos salarios al supuesto mencionado.

Artículo 57.1 ET, en la redacción dada por el artículo 18.Diez RDL 3/2012. La nueva redacción del artículo 57.1 ET remite al artículo 56.2 ET, omitiendo que también en el supuesto del artículo 56.4 ET se devengarán salarios de tramitación.

7. La supresión del despido «exprés»

En los términos que se verá, el preámbulo del RDL 3/2012 afirma que la norma suprime el despido «exprés». Y, en efecto, la nueva redacción del artículo 56.2 ET suprime toda referencia al reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido, al ofrecimiento y depósito en el juzgado de lo social de la indemnización correspondiente a dicho despido (tras el RDL 3/2012, como se ha visto, treinta tres días de salario por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades), y, en fin, al no devengo o limitación de los salarios de tramitación.

Como se ha anticipado, tras el RDL 3/2012, el artículo 56.2 ET se limita a prever que

«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»

El preámbulo del RDL 3/2012 justifica así la supresión del despido «exprés»:

«El denominado “despido exprés” se ha convertido, a la luz de los datos más recientes, en el principal cauce de extinción de contratos indefinidos, superando con creces el número de despidos colectivos y objetivos. Más allá de los beneficios en términos de rapidez y seguridad económica que esta posibilidad reporta a las empresas, el “despido exprés” se revela frontalmente opuesto a lo que debería ser un sistema de extinción del contrato de trabajo presidido por la idea de “flexiseguridad”».

«El “despido exprés” crea inseguridad a los trabajadores, puesto que las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurran conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales. Pero también desde el punto de vista empresarial, el éxito del “despido exprés”

también ha puesto en evidencia las disfuncionalidades del régimen jurídico del despido. No constituye un comportamiento económicamente racional —el que cabría esperar del titular de una actividad empresarial— despedir prescindiendo muchas veces de criterios relativos a la productividad del trabajador y, en todo caso, decantándose por un despido improcedente y, por tanto, más caro que un despido procedente por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuya justificación debería ser más habitual en tiempos, como los actuales, de crisis económica. La razón de ello se reside en los costes adicionales que acarrearán los salarios de tramitación y en la dificultad, que se ha venido denunciando, respecto a la posibilidad de acometer extinciones económicas con costes, en términos de tiempo y económicos, razonables».

Ahora bien, no es seguro que la supresión de las previsiones legales sobre las que se sustentaba el despido «exprés» tengan como consecuencia que ya no sea factible que el empresario reconozca la improcedencia del despido, ofrezca la indemnización al trabajador y que éste la acepte.

8. Despido y prestación por desempleo

El RDL 3/2012 establece expresamente que el ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo.

Artículo 209.4 LGSS, en la redacción dada por el artículo 18.Once RDL 3/2012.

Cuando, como consecuencia de la reclamación o del recurso, el despido sea considerado improcedente y se opte por la indemnización, el trabajador continuará percibiendo las prestaciones por desempleo o, si no las estuviera percibiendo, comenzará a percibir las con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo, siempre que se cumpla lo establecido en el apartado 1 del artículo 209 LGSS, tomando como fecha inicial para tal cumplimiento la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización, o, en su caso, la de la resolución judicial.

El trabajador deberá solicitar el reconocimiento de las prestaciones en el plazo previsto en el apartado 1 del artículo 209 LGSS, tomando como fecha inicial para tal cumplimiento la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización, o, en su caso, la de la resolución judicial.

Artículo 209.5.a) LGSS, en la redacción dada por el artículo 18.Doce RDL 3/2012.

9. El resarcimiento al empresario por el Fogasa de una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio se ciñe a las extinciones de contratos indefinidos de empresas de menos de 25 trabajadores y que no hayan sido judicialmente declaradas como improcedentes

Tras el RDL 3/2012 sólo en los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de veinticinco trabajadores, cuando el contrato se extinga por las causas previstas

en los artículos 51 y 52 ET o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será objeto de resarcimiento al empresario por el Fogasa en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. No será de aplicación el resarcimiento por el Fogasa en las extinciones que hayan sido declaradas como improcedentes, tanto en conciliación administrativa o judicial como mediante sentencia.

El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 del artículo 33 ET.

Artículo 33.8 ET, en la redacción dada por el artículo 19 RDL 3/2012.

VI. LAS RESTANTES PREVISIONES DEL RDL 3/2012

1. Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y del artículo 46 ET en el sector público

El RDL 3/2012 clarifica que el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) ET y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.

A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate, y causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.

Disposición adicional vigésima del ET, añadida por la disposición adicional segunda del RDL 3/2012.

Por el contrario, el RDL 3/2012 establece que lo previsto en el artículo 47 ET no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado.

Disposición adicional vigésima primera del ET, añadida por la disposición adicional tercera del RDL 3/2012.

2. Normas aplicables a las entidades de crédito

Indemnizaciones por terminación del contrato

Las entidades participadas mayoritariamente o apoyadas financieramente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria («**FROB**») no podrán satisfacer en ningún caso indemnizaciones por terminación de contrato que excedan de la menor de las siguientes cuantías: a) dos veces las bases máximas resultantes, respectivamente, de las reglas 3.^a y 4.^a del artículo 5.3.a) del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero; o b) dos años de la remuneración fija estipulada.

Lo anterior no será aplicable a los administradores y directivos que se hubiesen incorporado a la entidad o a su grupo con posterioridad o de forma simultánea a la toma de participación o apoyo financiero del FROB. En este caso, el Banco de España podrá autorizar cantidades superiores a las resultantes de aplicar las bases de las reglas 3.^a y 4.^a del artículo 5.3.a) del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, pero siempre con el límite de dos años de la remuneración fija originariamente estipulada.

Disposición adicional séptima.Uno RDL 3/2012.

Extinción del contrato de administradores o directivos de entidades de crédito por imposición de sanciones administrativas

La imposición de las sanciones a que se refiere el artículo 12.1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito («**Ley sobre Disciplina e Intervención**») a las personas que ejerzan cargos de administración o dirección en una entidad de crédito en virtud de un contrato de trabajo (incluido el contrato de alta dirección) o de otro tipo se considerará un incumplimiento contractual grave y culpable y, por tanto, causa de despido disciplinario, en el caso de los contratos de trabajo, o de extinción o resolución de los contratos que tengan otra naturaleza. En tales casos, el administrador o directivo no tendrá derecho a percibir indemnización alguna.

Disposición adicional séptima.Dos RDL 3/2012.

Suspensión del contrato de administradores o directivos de entidades de crédito

El contrato de trabajo o de cualquier otra naturaleza de los administradores o directivos de entidades de crédito podrá suspenderse por las siguientes causas:

- a) Cuando, de conformidad con el artículo 24 de la Ley sobre Disciplina e Intervención, se disponga la suspensión provisional de los directivos o administradores que aparezcan como presuntos responsables de infracciones muy graves.
- b) Cuando, en los supuestos previstos en los párrafos c) y d) del artículo 7.1 del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, el Banco de España acuerde la sustitución provisional de los órganos de administración o dirección de la entidad de crédito.

La suspensión del contrato tendrá la misma duración que la suspensión provisional o la sustitución provisional mencionadas.

Disposición adicional séptima.Tres RDL 3/2012.

3. Contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal

Indemnizaciones por extinción

La extinción por desistimiento empresarial de los contratos mercantiles y de alta dirección del personal que preste servicios en el sector público estatal únicamente dará lugar a una indemnización no superior a siete días de salario fijo en metálico por año de servicio, con un máximo de seis mensualidades.

No habrá derecho al percibo de indemnización cuando se trate de funcionarios de carrera o empleados de una entidad integrante del sector público estatal con derecho a reserva del puesto de trabajo.

El desistimiento deberá comunicarse por escrito, con una antelación máxima de quince días naturales. En caso de incumplimiento del preaviso, deberá indemnizarse con la retribución correspondiente al periodo de preaviso incumplido.

Disposición adicional octava.Dos RDL 3/2012.

Retribuciones

Las retribuciones establecidas en los contratos mercantiles o de alta dirección del sector público estatal se clasifican, exclusivamente, en básicas y complementarias.

El RDL 3/2012 detalla el contenido de cada una de esas partidas retributivas y precisa el ámbito de aplicación de estas disposiciones.

Disposición adicional octava.Tres RDL 3/2012.

Control de legalidad

Los contratos mercantiles y de alta dirección del personal que preste servicios en el sector público estatal se someterán, antes de formalizarse, al informe previo de la Abogacía del Estado u órgano correspondiente.

Serán nulas de pleno derecho las cláusulas de los contratos que contravengan las reglas mencionadas. Estas reglas se aplicarán también a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 3/2012. Se establece un plazo de dos meses desde su entrada en vigor para adaptar e contenido de tales contratos.

Disposición adicional octava.Cuatro RDL 3/2012.

Habilitación normativa

El Gobierno, en función de la situación económica y de las medidas de política económica, podrá modificar las cuantías y limitaciones de las indemnizaciones anteriormente mencionadas. El Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas fijará el sistema de

compensación por gastos en concepto de dietas, desplazamientos de las personas a las que se refieren las disposiciones anteriores.

Disposición adicional octava. Seis RDL 3/2012.

4. Control de la incapacidad temporal y Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales

El Gobierno, previa consulta con los interlocutores sociales, estudiará en un plazo de seis meses la modificación del régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales para una más eficaz gestión de la incapacidad temporal.

Disposición adicional cuarta RDL 3/2012.

5. Modificaciones en materia de conciliación de la vida laboral y familiar

La lactancia del menor de nueve meses

El derecho se extiende expresamente a los supuestos de adopción y acogimiento y deja de ceñirse a «las trabajadoras». El permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.

Artículo 37.4 ET, en la redacción dada por la disposición final primera.1 RDL 3/2012.

La reducción de jornada por guarda legal

Se precisa que la reducción es de la jornada de trabajo «diaria».

Artículo 37.5 ET, en la redacción dada por la disposición final primera.2 RDL 3/2012.

La concreción horaria

Se precisa que los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. Y se establece, por otro lado, que el trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.

Artículo 37.6 ET, en la redacción dada por la disposición final primera.3 RDL 3/2012.

Vacaciones

Se prevé adicionalmente el supuesto de coincidencia del período de vacaciones con el período de suspensión del contrato por permiso de paternidad (artículo 48 bis ET). Y se prevé asimismo que en el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo segundo del

artículo 38.3 ET que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.

Artículo 38.3 ET, en la redacción dada por la disposición final primera.4 RDL 3/2012.

6. Modificaciones del subsistema de formación profesional para el empleo

La disposición final séptima del RDL 3/2012 modifica diversos preceptos del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo. Mientras que la disposición final octava del RDL 3/2012 modifica la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, básicamente para incorporar una mención expresa a los centros y entidades de formación debidamente acreditados.

7. Modificaciones y medidas de ámbito estatal en la Estrategia Española de Empleo 2012-2014

Las disposiciones finales undécima y duodécima del RDL 3/2012 modifican, respectivamente, el apartado 5.6 del anexo del Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014, y enuncian las acciones y medidas de políticas activas de empleo que tienen el carácter de medidas estatales en aquella Estrategia.

8. Modificación de las reglas del abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único de la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre

La disposición final decimotercera del RDL 3/2012 modifica la regla 3.^a del apartado 1 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

RESUMEN

La responsabilidad civil en la prevención de riesgos laborales

En los Códigos civiles del siglo XIX se encuentra el principio jurídico del deber de indemnizar el daño causado a otro por culpa o negligencia. Esta regla fue insuficiente para afrontar las graves consecuencias del notable aumento de los accidentes de trabajo que produjo la industrialización. Desde finales del siglo XIX hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX, se dictaron leyes especiales sobre el aseguramiento de los accidentes de trabajo, con sistemas obligatorios, públicos o privados. De esta forma se paliaron las graves secuelas de los riesgos profesionales pero, al tiempo, el aseguramiento significó la exclusión de la responsabilidad civil del empresario. Más tarde, los modernos sistemas de Seguridad Social regulan, con carácter universal, automático e irrenunciable, las prestaciones, asistenciales y económicas, capaces de reparar los daños causados por los riesgos profesionales. La reparación ofrecida por la Seguridad Social no guarda relación con la responsabilidad civil del empresario. Sin embargo, en esta realidad inciden favorablemente los sistemas legislativos de prevención de riesgos laborales que regulan una obligación del empresario de naturaleza claramente contractual. A partir de este principio, queda abierta la posibilidad de la reclamación por responsabilidad civil derivada del incumplimiento del contrato de trabajo. Se analiza, finalmente, algunos problemas procesales que plantean esta realidad y supuestos excepcionales de responsabilidad extracontractual en materia de riesgos profesionales.

Palabras clave: Prevención de riesgos laborales, Seguridad y Salud laboral, responsabilidad civil, accidente de trabajo, recargo de prestaciones.

ABSTRACT

The insurance liability on the labour risk prevention

The legal duty to compensate the damage caused to another through fault or negligence is already found in the 19th Century civil codes. This rule was insufficient to address the serious consequences of the sharp rise in accidents brought by industrialization. Since the late 19th Century until well into the second half of the 20th Century, special laws were passed on the insurance of work-related accidents, with mandatory systems, public or private. This contributed to alleviate the serious consequences of work-related hazards but at the time it meant the exclusion of insurance liability of the employer. Later, modern social security systems regulate universal, automatic, undeniable benefits and economic assistance, capable of repairing damage caused by work-related hazards. Thus, the benefits and assistance provided by Social Security are no longer related to the liability of the employer. However, the laws on risk prevention that regulate the employer's duty are nowadays of clear contractual nature and have had a positive effect in this reality. Taking this principle into account, it remains open the possibility of liability claims arising from breach of contract. Finally, some procedural problems posed by this reality as well as some exceptional cases of non-contractual responsibility arising from job hazards are also analysed.

Keywords: Labour risk prevention, Labour Safety and Health, insurance liability, labour accident, surcharge of benefit.

Fecha de recepción: 2/11/2011.

Fecha de aceptación: 2/11/2011.

SUMARIO

- I. UNA NOTA HISTÓRICA DETERMINANTE.
 - II. DE LOS SEGUROS SOCIALES A LA SEGURIDAD SOCIAL: UN AVANCE EN LA COBERTURA DE LOS RIESGOS PROFESIONALES.
 - III. LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR RIESGOS PROFESIONALES Y SU EVENTUAL RECARGO.
 - IV. LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL, OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DEL EMPRESARIO: LA RESPONSABILIDAD CIVIL, CONSECUENCIA DE SU INCUMPLIMIENTO.
 - V. ALGUNOS PROBLEMAS PROCESALES EN LOS LITIGIOS POR RESPONSABILIDAD CIVIL. EL PAPEL DE LA CULPA EXTRA CONTRACTUAL. LA CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO.
-

I. UNA NOTA HISTÓRICA DETERMINANTE

En 1897, un lúcido jurista francés, Raymond Saleilles, publica un opúsculo sobre los accidentes de trabajo y la responsabilidad civil. Lo hace para enfrentarse a uno de los más graves problemas que produce la industrialización. Podía hacerlo, como con notoria inutilidad venía haciéndose, con la aplicación de las viejas normas del ya entonces viejo Código civil francés de 1804 que no eran otras que las reguladoras de la responsabilidad extracontractual del empresario que, en el caso de los accidentes producidos en el trabajo, se concretaban en: culpa del empresario, existencia de un daño y nexo entre culpa y daño (artículos 1382 y 1383 del Código civil francés, 1902 del Código civil español y 1109 del Código civil argentino). Tales principios, ideados para situaciones individuales y, todo hay que decirlo, de escasa presencia, no resultaban efectivos —ni justos— para hacer frente a una realidad enormemente peligrosa que produce cuantiosos accidentes con secuelas de invalidez y muerte.

Para completar el desolador panorama, ha de añadirse que el principio de responsabilidad por culpa exigía, por parte del trabajador, mantener la carga de la prueba, no siempre fácil en un proceso inevitablemente largo e, incluso, con inciertos resultados aun en caso de victoria judicial ante el riesgo de insolvencia del patrono declarado culpable. El panorama resultante no se alejará de la demoledora constatación que, en 1931, hizo uno de los primeros autores españoles en ocuparse de estas cuestiones: desde 1838 (fundación del TS español) hasta 1900 (Ley de Accidentes de Trabajo de 31-1-1900) sólo hay una Sentencia del TS (14-12-1894) que declara responsable al patrono por falta de precauciones en el trabajo y lo condena al pago de una indemnización al trabajador demandante; sin embargo, de 1900 a 1931, hay 2.520 sentencias que resuelven problemas sobre accidentes de trabajo⁽¹⁾. No eran útiles, pues, las estructuras de la responsabilidad civil de los Códigos de corte

(1) GARCÍA ORMAECHEA, R., *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*, Madrid, Publicaciones del INP, Serie D, núm. 400, 1933, p. 7.

napoleónico. ¿Cómo afrontar la responsabilidad derivada de accidente con resultados de daños si era imposible englobar, encajar, la realidad social en la fórmula civilística de la culpa aquiliana⁽²⁾?

Saleilles busca la respuesta en el propio Código civil y, a partir de la idea de subordinación del trabajador y el correlativo poder de dirección o capacidad de organizar el trabajo del empresario, concluye que éste debe afrontar los riesgos que su propio sistema productivo cause; no se trata ya de una culpa personal, sino de un riesgo objetivo⁽³⁾ y se apoya en los preceptos del Código que encierran la responsabilidad por riesgos (artículos 1384 y 1386 del Código civil francés, 1903 y 1908 del Código civil español y 1113 del Código Civil argentino). Este camino, que, ciertamente, se inició en una innovadora sentencia de la *Cour de Cassation* de 16 de junio de 1896, desemboca en la Ley francesa de 19 de abril de 1898 sobre «las responsabilidades de los accidentes de los que los obreros son víctimas en su trabajo». La Ley sigue la trayectoria emprendida, en la propia Francia y en otros países, para romper las costuras de los Códigos civiles: la promulgación de normas especiales que, en materia de accidentes de trabajo, constituyen una de las más sobresalientes manifestaciones de la intervención del Estado. El mérito de cambiar el concepto de «culpa» por el de «riesgo» es, entre otros, de Saleilles. Antes de finalizar este esbozo histórico, debo precisar que la teoría del riesgo que significaba innegablemente un avance, tenía fuertes (y reaccionarios) detractores, por ejemplo en España⁽⁴⁾.

El corolario indispensable de la teoría del riesgo profesional es el seguro obligatorio. Esta idea precisa de alguna aclaración: el riesgo como fuente de reparación requiere, consecuentemente con su línea argumental, de un aseguramiento obligatorio (ley alemana de 6-7-1884 y Ley austriaca de 28-12-1987), de unos tribunales especiales y de cerrar el paso a cualquier otra petición indemnizatoria. La articulación legal siguió caminos diferentes en los distintos países europeos, pero el sustrato común es lo que ahora interesa: la reparación de los infortunios o daños causados por el accidente derivan de una responsabilidad objetiva que no precisa culpa y que puede (o debe) asegurarse.

La teoría del riesgo no destruye los fundamentos jurídicos de la responsabilidad por culpa. Significa el instrumento jurídico público necesario para garantizar al obrero una indemnización⁽⁵⁾. Hasta tal punto que, asegurado el accidente, imposibilita cualquier otra

(2) CAZZETTA, G., *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milán, Giuffré, 1991, p. 14.

(3) SALEILLES, R., *Les accidents de travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*, Paris, Ed. A. Rousseau, 1897, pp. 9-10.

(4) Vid. LÓPEZ PUIGCERVER, J., *Los accidentes de trabajo*, discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en la sesión inaugural del curso 1891-1892, celebrada el 31-10-1891, RGLJ, tomo 80, 1892. En página 316, niega el riesgo profesional; en página 325, niega la necesidad de un seguro obligatorio con intervención del Estado; en página 328, niega la necesidad de invertir la carga de la prueba. Y termina (p. 337): «Conviene, pues, que en los países en que las nuevas teorías tienen aún escasa fuerza, prevengamos, en vista de los daños que a otros ocasiona, una tendencia tan perjudicial para el productor como para el obrero; evitemos que protecciones injustificadas a unas clases ocasionen exigencias de otras; no hagamos que los obreros sumen a la fuerza del número la de la lógica (*sic*); no perturbemos las leyes de la economía; busquemos, por el contrario, en ellas, en la iniciativa individual y en la libertad, soluciones a la cuestión obrera que, si pueden parecer más lentas, serán ciertamente más sólidas, más justas y menos peligrosas».

(5) CAZZETTA, G., *Responsabilità aquiliana*, cit., p. 423.

indemnización o consecuencia patrimonial. Así lo establecen los artículos 5 y 95 de la Ley alemana de 6 de julio de 1884; el artículo 2 de la Ley francesa de 1898 (redacción de la Ley de 22-3-1902: «los obreros y empleados incluidos en el campo de aplicación de la ley no podrán acogerse, en materia de accidentes de trabajo, a otras disposiciones que las contenidas en la presente ley»). Implícitamente está recogido el mismo principio en el artículo 4 de la Ley española de 30-1-1900 y luego en los artículos 4 y 13 de la Ley de 11-1-1922; el mismo principio se desprende del artículo 22 de la Ley italiana de accidentes de 17-3-1898⁽⁶⁾.

Como podrá observarse, para Saleilles y para la ley de accidentes franceses (y vale para los otros países europeos) la responsabilidad contractual carecía de sentido, era imposible argumentarla. A partir del contrato de arrendamiento de servicios, montado sobre la vieja *locatio conductio operarum* romana, el esquema obligacional era muy sencillo: libremente dos personas han suscrito un contrato por el que se obligan una a dar trabajo y la otra a remunerarlo. Ese fue el camino emprendido por la escasa jurisprudencia.

No hay una solución específica para los accidentes de trabajo: con la aplicación de la legislación común sólo puede extraerse la responsabilidad por culpa o negligencia extracontractual, no la responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato. El contrato no encierra ninguna obligación de cuidar de la seguridad, de prevenir los riesgos que produce el propio trabajo. No es difícil argumentar que era imposible extender la responsabilidad civil derivada de culpa contractual al contrato de arrendamiento de servicios. La bilateralidad, el sinalagma contractual, llegaba hasta ofrecer trabajo y recibir salario.

Hubo que esperar a que el día primero de enero de 1900 entrara en vigor el Código civil alemán (BGB) cuyo artículo 618 dispone: «Quién recibe los servicios viene obligado a organizar y mantener los locales, instalaciones y herramientas de los que debe proveer para la ejecución de los servicios y a regular la prestación de los trabajos que deben ser realizados bajo sus órdenes o dirección, de tal manera que el trabajador quede protegido contra los peligros que afecten a su vida o a su salud, en la medida en que el propio trabajo lo permita». Acababa de nacer la deuda de seguridad y salud laboral y muchos años pasarán para que ese mandato se convierta en un auténtico derecho subjetivo incorporado al nuevo contrato de trabajo. Al momento de constituirse legalmente en Europa el aseguramiento de los riesgos profesionales, la seguridad como obligación contractual (mantener un ambiente sano de trabajo y cuidar de las herramientas y máquinas propias del sistema productivo) no era suficiente para sustituir la fuerza de la responsabilidad extracontractual y, de esta manera, por la vía de la teoría del riesgo se logra objetivar la responsabilidad en caso de siniestro. Hasta tal punto que el aseguramiento desplaza el riesgo de la cabeza de un industrial concreto a la de todo el sistema productivo y, en suma, se incorpora al coste mismo del producto⁽⁷⁾.

En conclusión, sólo a través de la responsabilidad extracontractual pudo históricamente resolverse la determinación de en qué supuestos la víctima no ha de soportar el daño

(6) El texto de la Ley francesa es el más claro y técnicamente más correcto, véase el texto y un estudio crítico de Paul PIC, en la traducción, introducción y notas de I. ALZAGA RUIZ, Madrid, Ramón Areces, 2002.

(7) Véase esta evolución conceptual en el trabajo de LOY, G., «L'obbligo di sicurezza in L. Barassi tra «ardita innovazione» e ripensamenti» en *La nascita del diritto del lavoro. Il contratto di lavoro di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milán, Ed. Vita e Pensiero, 2003, pp. 455 y ss.

sufrido y, en consecuencia, ser indemnizada. Es una responsabilidad que, claramente, puede imponerse a las personas jurídicas y tiene un fundamento y una finalidad diferente de la responsabilidad penal. El criterio de imputación, sea la culpa o el riesgo, es esencialmente asegurable. Y esa fue la deriva seguida por la legislación española sobre Accidentes a partir de 1900: establecer una responsabilidad por riesgo, hacer posible su aseguramiento (la estricta obligación de asegurar hubo de esperar a 1931) y configurar una especie de inmunidad del empresario. Claramente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1916 lo dejó establecido: el artículo 1902 del Código civil (culpa extracontractual) fue reemplazado por las disposiciones especiales de la Ley de Accidentes y, en consecuencia, no era posible aplicar los dos sistemas.

II. DE LOS SEGUROS SOCIALES A LA SEGURIDAD SOCIAL: UN AVANCE EN LA COBERTURA DE LOS RIESGOS PROFESIONALES

La obligatoriedad del seguro de accidentes y la responsabilidad objetiva fue un avance que permitió dar importantes pasos en la construcción de los seguros sociales y de la Seguridad Social y que, al tiempo, rindió frutos conceptuales necesarios para el propio Derecho de Trabajo (el concepto de trabajador, sin ir más lejos). Pero es innegable que la propia noción de accidente de trabajo (o de enfermedad profesional) es una rémora que ha lastrado la construcción misma de la Seguridad Social. ¿Qué debe importar que la invalidez permanente o la muerte deriven de causas comunes o de riesgos profesionales? ¿Por qué un período de carencia en los riesgos comunes y ninguno en los riesgos profesionales? ¿Por qué, en suma, una mejor cobertura al inválido o al superviviente en los riesgos profesionales que en los riesgos comunes? La explicación es, claramente, histórica, pero en sí misma no tiene una nota de progreso ni un ápice de justicia.

El accidente de trabajo llegó a ser, sin más, símbolo de los seguros sociales: a través de su estudio se reconoce la existencia del aseguramiento social, de aquel en que, de una u otra forma, interviene el Estado. Tan es así que la sistematización que en la España de 1959 ALONSO OLEA acometió de aquel magma caótico (seguros sociales más mutualismo laboral) pivotó sobre el concepto de accidente. Sin embargo, hoy es aún posible que el accidente se muestre con una cara nueva, de importancia real, clave en un mundo que pretendemos con la menor dosis posible de riesgo o, mejor dicho, que la culpa de un daño sea reparada, indemnizada. Y para eso ya no basta la actual estructura de la Seguridad Social.

El aseguramiento obligatorio supuso una protección real de los riesgos profesionales pero, al tiempo, significó una inmunidad para el empresario (responde del hecho de asegurar y, caso contrario, de las consecuencias que la Ley establece) y, además, limitada a unas concretas obligaciones indemnizatorias. En la evolución, el Seguro de Accidentes de Trabajo pasa, en España, de voluntario a obligatorio (1931) y de obligatorio gestionado por empresas aseguradoras privadas a incluirse en el sistema de Seguridad Social como un deber de los poderes públicos, como una prestación de la Seguridad Social, como un pleno derecho público subjetivo (1966). En ese largo camino lo más frecuente fueron las notas de la controversia judicial y la protección mínima o la desprotección.

La cobertura de los accidentes de trabajo en los sistemas europeos de Seguridad Social (con historia diferente en cada país) se convierte en un sistema público que no guardará

relación alguna con el sistema civil de responsabilidad, contractual o extracontractual. En efecto, la Seguridad Social es una función del Estado cuya finalidad es la reducción, remedio o eliminación de situaciones de necesidad. En razón a las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales, el Estado «regula, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar, o las modifica para adaptarlas a las necesidades del momento» (STCo 65/1987, FJ 17). El sistema de Seguridad Social es, pues, un régimen legal sostenido en los principios de universalidad, obligatoriedad y uniformidad y que tiene como límites el respeto al principio de igualdad, la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la asistencia y a prestaciones sociales suficientes para situaciones de necesidad que la Constitución garantiza en el artículo 41 CE (STCo 134/1987, FJ 4).

El régimen público de Seguridad Social protege las consecuencias de un accidente de trabajo a través del derecho público subjetivo del beneficiario a las siguientes prestaciones: técnicas de asistencia médico-farmacéuticas necesarias para recuperar la salud perdida; subsidio mientras dure la incapacidad temporal; pensión vitalicia para los grados de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. Caso de muerte, indemnización a tanto alzado y pensiones, en su caso, de viudedad y orfandad. A su vez, el artículo 123 de la actual Ley General de Seguridad Social (en adelante, para referirme a esta ley española, usaré la abreviatura LGSS) establece un recargo en las prestaciones económicas que oscilará de un treinta a un cincuenta por ciento, «cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta, de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador»⁽⁸⁾. Las prestaciones y el recargo son mandatos legales en los que se concreta la protección del accidente que ya no necesita (salvo el recargo) de imputación culpable de responsabilidades.

III. LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR RIESGOS PROFESIONALES Y SU EVENTUAL RECARGO

Para no incurrir en confusión, siquiera involuntaria, es preciso afirmar que en el Derecho español son compatibles las prestaciones de Seguridad Social, y su eventual recargo, con las indemnizaciones que puedan judicialmente imponerse, derivadas de responsabilidad civil (artículos 42.3 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y 123.3 y 127.3 LGSS). Ahora bien, afirmar la compatibilidad requiere de una explicación porque la articulación entre ambas medidas es complicada. Además, la solución española no es la única posible, ni siquiera la habitual en el entorno europeo. Resulta evidente que el aseguramiento, voluntario u obligatorio, del riesgo de accidentes de trabajo nació con la

(8) Este recargo de prestaciones, con parecida redacción, podía ya leerse en los artículos 5 y 6, respectivamente, de las leyes españolas sobre aseguramiento de accidentes de trabajo de 31-1-1900 y 11-1-1922. En el abanico del recargo del treinta al cincuenta, el arbitrio judicial tendrá en cuenta la gravedad del incumplimiento empresarial y la propia conducta (imprudencia) del trabajador, STS 22-7-2010, A. 7281.

conciencia política de constituir una legislación especial al margen del Código civil y, en consecuencia, las prestaciones del inicial seguro social de accidentes de trabajo y las acciones fundadas en la reclamación de responsabilidad civil no eran acumulables excluyéndose mutuamente. En los sistemas de Seguridad Social, las relaciones entre prestaciones y su eventual recargo con las indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil (contractual o extracontractual, ya se verá más adelante) son igualmente complicadas y están teñidas de aquella primera idea de la inmunidad empresarial.

La discusión puede resumirse en tres posturas: relaciones de exclusión, de compatibilidad y de complementariedad. Dos son las soluciones que se presentan como hermenéuticamente posibles: las prestaciones de Seguridad Social (y su eventual recargo) y las indemnizaciones civiles por daños pueden ser aplicadas ante un mismo accidente con independencia unas de otras o, por el contrario, ambas técnicas intentan resarcir el mismo daño causado. El enfrentamiento significa que ambas posturas no podrán convivir y afectarán a la realidad material y a la vía procesal que se elija⁽⁹⁾. No ha de olvidarse que se está en presencia de un daño resarcible que ha de reunir las características esenciales de ser un *interés evaluable de la víctima* cuyo menoscabo no debe sufrir porque su *causa es imputable a otro* que ha actuado con un *comportamiento antijurídico*. El daño ha de ser evaluable económicamente y su certeza probada.

Para intentar adoptar una postura dotada de cierta lógica, que interprete coherentemente un espacio legislativo concreto, el español, es preciso dejar establecidos algunos principios básicos y, al tiempo, fijar como contrapunto lo que acaece en otros espacios normativos:

- En España, la compatibilidad entre la responsabilidad civil por culpa y la indemnización derivada de la Ley de Accidentes fue una creación expresa de la jurisprudencia (STS 27-4-1927): la línea jurisprudencial alteró el mandato implícito de las Leyes de Accidentes (la de 1900 y la de 1922). La compatibilidad se hizo presente, sin embargo, desde el Texto Refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1932.
- La doctrina de la compatibilidad se construye legalmente, ya con muy pocas dudas, con la inauguración en 1966 del moderno sistema español de Seguridad Social (artículo 97.3 texto articulado de 1966) que luego ha pasado a las distintas redacciones de la LGSS, hasta el vigente artículo 127.3⁽¹⁰⁾.
- El recargo de prestaciones que se estructura en el interior del propio sistema de Seguridad Social (artículo 123 LGSS) se fundamenta en: a) un incumplimiento empresarial en materia de seguridad y salud laboral; b) la responsabilidad recaerá

(9) MERCADER UGUINA, J.R., *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y derecho de daños*, Madrid, Ed. La Ley, 2001, pp. 164-184, con un magnífico recorrido sobre la evolución histórica en España y la realidad en las experiencias de Francia, Italia e Inglaterra. Véase también, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil por accidentes de trabajo*, Madrid, Ed. Civitas, 2004, pp. 72-81.

(10) No obstante las dudas (mejor, la pregunta) subsisten en relación a la respuesta sobre si existe, y cuándo, una responsabilidad empresarial por los daños producidos por el accidente de trabajo más allá del resarcimiento operado por las normas de Seguridad Social, véase RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «El derecho de daños y la responsabilidad por accidente de trabajo» en *Relaciones Laborales*, tomo I, 2003, pp. 23-36.

sobre el empresario infractor y no será asegurable; c) la responsabilidad indemnizatoria (incremento entre el 30 y el 50 por 100 de las prestaciones económicas) «es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción» (artículo 123.3 LGSS).

La naturaleza del recargo es, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, mezcla de una indemnización adicional de la que es titular el trabajador accidentado con un recargo que sanciona directamente (no asegurable) al empresario infractor (por todas, STS 8-7-2009, Ar. 6078, que, en su fundamento 3, establece dos perspectivas: una, desde la óptica empresarial, en cuyo caso es una responsabilidad sancionable; otra, desde la del beneficiario y se trata, entonces, de un derecho a una prestación adicional o sobreañadida de carácter indemnizatorio)⁽¹¹⁾. En todo caso, este recargo precisa de un incumplimiento empresarial, de un daño causado y de la relación de causalidad entre uno y otro. El carácter sancionador del recargo se refuerza tanto por su naturaleza no asegurable como por el principio de que no cabe la deducción o compensación del recargo con cualquier cuantía indemnizatoria fijada por responsabilidad civil (STS 23-4-2009, Ar. 4140).

El recargo de prestaciones, dentro del sistema reparador de riesgos profesionales del que se ocupa la Seguridad Social, ha sido objeto de atención por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Claramente ha dejado sentada la necesidad de que se contemple en las diferentes jurisdicciones posibles una sola realidad. Los hechos han de ser los mismos en los distintos procesos en que se analicen las responsabilidades nacidas de un accidente (por todas, STC 139/2009). Cualquier desviación debe ser motivada (STC 21/2011; ha de tenerse en cuenta que pueden surgir divergencias fácticas entre la jurisdicción contenciosa administrativa que conoce de las sanciones y la jurisdicción de lo social que enjuicia el recargo de prestaciones). El propio Tribunal Constitucional ha definido el recargo en materia de prestaciones como una responsabilidad «del empresario extraordinaria y puramente sancionadora que, por ello, ha de ser interpretado de manera restrictiva» (SSTC 158/1985 y 21/2009).

La compatibilidad entre recargo de prestaciones y responsabilidad civil es, sin embargo, confusa. Parece que la opción de declarar la compatibilidad entre recargo e indemnización civil es posible y así se pronuncia la jurisprudencia y lo es porque, en especial, hay dos preceptos que así lo manifiestan, el artículo 123.3 LGSS y el 42.3 de la Ley de Prevención de Riesgos de 1995. Sin embargo, aunque el recargo de prestaciones sea, por su naturaleza, compatible, no impide plantear un problema aún más genérico: la compatibilidad entre indemnización por responsabilidad civil y prestaciones de la Seguridad Social. No hay una única solución y tiene respuestas diferentes en el entorno normativo europeo:

En Francia se estableció el principio de exclusión, marcado ya en el artículo 2 de la Ley 1898 y así se ha mantenido en el sistema de Seguridad Social; este principio puede romperse si entra en juego una tercera persona (en especial en los accidente *in itinere*) o si el empresario (o su encargado) ha sido causante del accidente por faltas inexcusables.

(11) Un buen resumen de la naturaleza del recargo en MONREAL BRINGSVAERD, E., «Sobre la naturaleza indemnizatoria del recargo de las prestaciones de Seguridad Social y cuestiones conexas (aseguramiento y acumulación)» en *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2011, pp. 276-290.

Incluso en estos casos no hay ruptura del sistema de inmunidad empresarial sino un elemento complementario adicional en la prestación social.

En Italia, de igual modo, funciona el principio de exclusión o exoneración del empleador por accidente durante el trabajo (queda al margen y se compatibiliza la responsabilidad civil derivada de delito siempre que se pruebe la relación de causalidad entre éste y el accidente)⁽¹²⁾.

En Gran Bretaña, funciona un sistema de responsabilidades acumulativas y compatibles (seguro de accidentes personal, responsabilidad del sistema nacional de aseguramiento y, finalmente, responsabilidad por daños).

IV. LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL, OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DEL EMPRESARIO: LA RESPONSABILIDAD CIVIL, CONSECUENCIA DE SU INCUMPLIMIENTO

Desde la perspectiva jurídico-laboral, la protección a la salud y el ambiente laboral del trabajador está constituida en razón al vínculo del contrato de trabajo. No ofrece duda que la conducta del empresario en materia de salud laboral tiene su fundamento en el contrato de trabajo, pero su contenido se informa normativamente, rellenando, así, simultáneamente los correlativos derechos y deberes de empresario y trabajador [artículos 4.2.d), 5.b) y 19 Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD Legislativo 1/1995 y modificaciones posteriores, en adelante, LET; artículos 14 y 15 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos; en adelante LPRL].

El deber de protección del empresario se funda en un conjunto de especificaciones legales:

- a) La conducta empresarial sobre prevención de riesgos laborales deberá promover la eficaz integración de ésta en el sistema de gestión de la empresa (artículo 5.5 LPRL).
- b) Ejercer el deber general de prevención a partir de un conjunto de principios generales de la acción preventiva (evitar, evaluar y combatir los riesgos; adaptar el trabajo a la persona, seguir la evolución de la técnica; sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro; planificar la prevención y adoptar medidas en las que se anteponga la protección colectiva a la individual, artículo 15.1 LPRL).
- c) Identificar y ordenar los riesgos; planificar la acción preventiva y dotar a los trabajadores de los medios de protección individualizada [artículos 16, 17 y 23.1, a), b), y c), LPRL).
- d) El deber de formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia de prevención de riesgos laborales (artículo 19 LPRL).

(12) Para Italia y la actual situación después de la Ley 123/2007, por la que las infracciones en materia de seguridad y salud laboral entran de lleno en el Derecho Penal, véase, PASCUCCI, P., *Prime osservazioni sul Titolo I del d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Pesaro, Ed. Studio Alfa, 2008; sobre el aparato legislativo sancionador, pp. 156-160.

- e) Analizar y adoptar las medidas necesarias ante las posibles situaciones de emergencia (artículo 20 LPRL) e informar y adoptar las medidas e instrucciones necesarias para que los trabajadores, ante riesgo grave e inminente, puedan interrumpir la actividad o abandonar de inmediato el lugar de trabajo si fuere necesario (artículo 21 LPRL).
- f) La obligación de proporcionar equipos de trabajo y medios de protección adecuados (artículos 15.1, 6 y 17.1 LPRL: equipos de protección adecuados; equipos de trabajo adecuados y seguros y en un medio ambiente —ruido, iluminación, radiaciones, humos, agentes biológicos— controlado y seguro).
- g) Vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo (artículo 14.2 LPRL). Ha de quedar sentado que el reconocimiento médico es un derecho de los trabajadores, no un instrumento de control en manos del empresario, excepto en supuestos de riesgo o peligro objetivos en la salud de los trabajadores o de terceros (artículo 22.1 LPRL y STC 196/2004) o el requerimiento de exámenes médicos previos a la contratación (STS 28-12-2006).
- h) Protección específica de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (artículo 25 LPRL), protección a la maternidad (artículo 28 LPRL), a los menores (artículo 27 LPRL) y a los trabajadores temporales o contratados por empresas de trabajo temporal (artículo 28 LPRL).

El deber de protección se constituye, como no puede ser de otra manera, sobre obligaciones o cargas no ciertamente formales (STS 3-12-1997, A. 8929). La obligación contractual de seguridad y salud laboral es una obligación de resultados⁽¹³⁾ y, en consecuencia, debe el empresario probar que actuó diligentemente y ello nace, no esencialmente de un cambio en las reglas de la carga de la prueba, sino del objeto mismo de la prestación: la obligación general de prevención de riesgos, determinada por normas legales o convencionales, exige del deudor empresario una determinada diligencia. De tal forma que por prevención debe entenderse «el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo» (artículo 4.1 LPRL) y por riesgo laboral «la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo» (artículo 4.2 LPRL).

Como criterio de cierre del deber de protección, el artículo 18 LPRL obliga al empresario a que adopte las medidas necesarias para que los trabajadores reciban la información adecuada acerca de los riesgos generales y específicos de la empresa y las medidas y acti-

(13) La distinción, por el objeto de la obligación, entre obligaciones de medios y de resultado no es clara ni resulta siempre fácil de aplicar. En la obligación de resultado el obligado promete al acreedor algo cierto, en la de medios, el deudor se obliga a poner diligentemente los medios que llevan normalmente a un resultado, pero no se asegura éste. El centro de la discusión no estará en el sistema de responsabilidades derivadas del incumplimiento ni en la carga de la prueba de éste, estará en el contenido de la prueba de quien sostiene el incumplimiento (falta de un resultado cierto, en su caso, en el otro, inobservancia de la diligencia debida, ya sea ésta la común ya la que se deriva de una *lex artis*). Los diferentes tipos de obligaciones suelen aplicarse hoy dentro de las obligaciones de hacer. Puede consultarse, para una visión completa, el trabajo de LOBATO GÓMEZ, J.M., «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado» en *Anuario de Derecho Civil*, 1992, T. XLV, F. II, pp. 651-734; sobre la función de la distinción, pp. 713-715.

vidades de protección y prevención aplicables a los anteriores riesgos así como sobre las pautas a seguir en situaciones de emergencia. El artículo 19 LPRL establece, por su parte, la obligación del empresario de garantizar que cada concreto trabajador reciba la adecuada formación, teórica y práctica, en materia de prevención.

Una sobresaliente y básica manifestación del deber de protección se concreta en la obligación del empresario, si no puede o no quiere ejercer la posibilidad de asumir personalmente la organización de tal protección, de designar uno o varios trabajadores que se ocupen de la prevención de riesgos, constituir un servicio de prevención (expresión técnica y, de este modo, de alcance preciso)⁽¹⁴⁾ o, concertar tal servicio con una entidad especializada ajena a la empresa (artículo 30 LPRL). Este sistema de cristalizar el deber de protección en concretas conductas debe examinarse de más simple a más complejo. En razón al tamaño de la empresa, a los riesgos a que están expuestos o a ambas razones (artículos 30.5 y 31.1 LPRL) puede resolverse la obligación del empresario en alguno o algunos de los modelos referidos.

El deber de protección requiere siempre de planificación. En efecto, organizar la prevención equivale a planificarla, a convertir la política de seguridad y salud laboral en una tarea ordinaria dentro de la actividad normal de la empresa buscando un conjunto coherente que integre la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo y las relaciones sociales y de influencia de los factores ambientales en el trabajo [artículo 15.1.g) LPRL]. Esta importantísima faceta de la prevención de riesgos se completa con la norma de desarrollo, RD 39/1997, de 17 de enero, Reglamento de los Servicios de Prevención, modificado por los RRDD 780/1998, 688/2005, 604/2006, 337/2010 y 843/2011.

La organización de la prevención no debiera ser, ciertamente, una actividad formal y carente de contenido. La exigencia primera es la de evaluar los riesgos y, de ahí, planificar la actividad preventiva que se denomina *plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva* (artículo 16 LPRL). La planificación de la prevención incluirá los medios humanos y materiales necesarios y la asignación de recursos económicos precisos (artículo 9 RD 39/1997) y es justamente esa actividad preventiva planificada la que requiere tanto su integración en la empresa como una determinada organización.

El deber de prevención como obligación empresarial rompe con la vieja idea de que la responsabilidad del empleador termina en la obligación legal en relación con la Seguridad Social (afiliación y alta y cotización, artículo 103.3 LGSS). Y se entra en una dimensión nueva que ya nada tiene que ver con la reparación formulada por la Seguridad Social. Se trata de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de un contrato (no se olvide que los contratos obligan a lo pactado, a lo que les es esencial y a lo ordenado por la Ley)⁽¹⁵⁾. La inclusión del deber de prevención en lo contractual conduce a analizar la con-

(14) Los servicios de prevención, como unidad organizada, tienen una definición legal, la del artículo 31.2 LPRL: «se entenderá por servicio de prevención el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y salud de los trabajadores asesorando y asistiendo para ello al empresario y a sus representantes y a los órganos de representación especializados».

(15) Sobre la naturaleza contractual del deber de seguridad, véase, CALVO GALLEGU, F.J., *La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1998.

ducta diligente del empresario a la hora de organizar su sistema productivo. El empresario asume, como parte integral e integrada de su actuación, la de estructurar el servicio de prevención y, en consecuencia, su control y vigilancia. Y llega en tal asunción a adquirir responsabilidades directas por el mal funcionamiento de los servicios o, incluso, a incurrir en concurrencia de culpa con la actuación de los servicios ajenos de prevención.

V. ALGUNOS PROBLEMAS PROCESALES EN LOS LITIGIOS POR RESPONSABILIDAD CIVIL. EL PAPEL DE LA CULPA EXTRA CONTRACTUAL. LA CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO

Al aceptar la idea de que la seguridad y salud laboral es una obligación del empresario, la consecuencia es inmediata: el orden jurisdiccional que conozca del contrato de trabajo deberá residenciar las controversias que surjan en torno al cumplimiento-incumplimiento de la obligación de prevención. Para que llegara el normal enjuiciamiento de la responsabilidad civil derivada de incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos fue preciso romper con la inercia conceptual de que se trataba de una responsabilidad extracontractual. Hasta la Sentencia del Pleno de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo de 15-1-2008 (A. 1394) no fue posible acreditar la pacífica aceptación del enjuiciamiento de la responsabilidad civil en el orden social, Sala Cuarta del Tribunal Supremo (por todas, STS 25-2-2010, A. 1408). De tal suerte que ya, con naturalidad, se acepta enjuiciar el comportamiento de empresario principal y contratista en materia de prevención de riesgos.

La jurisprudencia, en el enjuiciamiento de la responsabilidad civil del empresario incumplidor, podrá analizar la posible ruptura del nexo entre incumplimiento y daño. La intervención de la víctima en su propio daño tiene, claramente, una estructura gradual: La gradación va desde muy difícil de admitir la culpa de la víctima para no conceptualizar un accidente como de trabajo (la imprudencia profesional no rompe el nexo, lo rompe la conducta dolosa o temeraria), hasta su presencia en materia de prevención de riesgos a partir del análisis del comportamiento del trabajador a través de sus tres deberes: el de autoprotección, el de obediencia y el de cooperación⁽¹⁶⁾.

Queda aún una parcela que se radica en la jurisdicción del orden civil: la culpa extracontractual de un tercero, ajeno al contrato de trabajo, y cuya conducta ha influido en la aparición del accidente⁽¹⁷⁾. En este aspecto conviene destacar los problemas derivados de la responsabilidad de los fabricantes de máquinas y utensilios relacionados con el accidente. En particular, a partir del artículo 41 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales sobre obligaciones de los fabricantes, importadores y suministradores y el deber, siempre presen-

(16) NAVAS-PAREJO ALONSO, M., «Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo» en *Justicia Laboral*, núm. 28, 2006, pp. 57 y ss.

(17) Sobre la culpa extracontractual en la responsabilidad de terceros ajenos al ámbito del contrato de trabajo, véase DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *Los riesgos laborales. Doctrina y jurisprudencia civil*, Madrid, Ed. Civitas, 2007, pp. 163-198. En la responsabilidad extracontractual dejo al margen, por ser ajeno a lo que aquí me ocupa, la responsabilidad civil del empresario por la acción de sus dependientes (artículo 1903 del Código civil español y artículo 1113 del Código civil argentino). Véase, CREMADES GARCÍA, P., «La defensa del empresario ante la exigencia de responsabilidad civil por la acción de sus dependientes», en *Aranzadi Social*, núm. 2, 2011, pp. 157-174 y bibliografía allí citada.

te, del empresario que deberá garantizar que las informaciones sobre máquinas, equipos, productos y útiles del trabajo sean facilitados «a los trabajadores en términos que resulten comprensibles para los mismos»⁽¹⁸⁾.

En este complicado sistema que mezcla sobre un mismo hecho (el accidente) las prestaciones de la Seguridad Social, su eventual recargo, e indemnizaciones por responsabilidad civil, es preciso establecer algunas reglas normalmente manejadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 7-3-2002, A. 4663; 17-6-2007, A. 8300; 22-9-2008, A. 7215 y 23-7-2009, A. 6131):

- a) La regla general deberá ser que ante un daño único (el accidente) las diversas indemnizaciones son compatibles, pero complementarias. La acumulación de indemnizaciones sólo será aceptada cuando éstas sean ajenas al hecho que ha provocado el daño. El daño tiene aspectos diferentes, todos ellos dignos de valoración: físicos, psíquicos, morales, daño emergente y lucro cesante.
- b) Las prestaciones de la Seguridad Social deberán tenerse en cuenta para determinar el importe de la indemnización derivada de los perjuicios afectantes al ámbito profesional o laboral del afectado. La compensación entre las diversas indemnizaciones habrá de efectuarse entre conceptos homogéneos. En particular, las normas de Seguridad Social cubren el defecto de renta derivado de la incapacidad para el trabajo, pero no cubren la pérdida de la capacidad de ganancia.
- c) Por su naturaleza esencialmente sancionadora, ha de excluirse de cualquier cómputo compensador el recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad y salud laboral.
- d) Cuando, en la apreciación conjunta del daño (efectuado normalmente por órganos de la jurisdicción laboral) se constata que algunas de las manifestaciones dañosas no se encuentran, a juicio del Juzgador y en razón a la prueba practicada, satisfechas, será libre la determinación judicial de la cuantía indemnizatoria. Sirve como criterio orientativo, susceptible de revisión al alza, las cuantías fijadas para la determinación del daño en el baremo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motos (R. Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre).
- e) La aplicación (orientativa) de las cuantías fijadas en el baremo para indemnizar a las víctimas de accidentes de circulación tiene, en relación con la responsabilidad civil derivada de incumplimiento de medidas de prevención de riesgos, algunas ventajas: refuerza la seguridad jurídica, unifica e iguala criterios y permite fijar las primas para el aseguramiento de la referida responsabilidad civil.

(18) Véase, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Responsabilidad de los fabricantes en materia de prevención de riesgos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2005. Sobre los problemas de los daños causados por productos defectuosos, véase su regulación en la Ley 22/1994. En general, la aplicación del ámbito material y territorial de la responsabilidad extracontractual es uno de los grandes temas del Derecho de Daños en la Unión Europea: PALAO MORENO, G., *Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2008.

EL ACUERDO DE EMPRESA COMO CAUCE DE FLEXIBILIDAD INTERNA: CONTENIDO Y RÉGIMEN JURÍDICO

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

RESUMEN

El acuerdo de empresa como cauce de flexibilidad interna: contenido y régimen jurídico

Junto al convenio colectivo estándar (de eficacia general recogido en el título III del Estatuto de los Trabajadores), existen manifestaciones varias de autonomía colectiva de carácter más informal que han ido adquiriendo un auge sucesivo al calor de las últimas reformas, no en vano este otro tipo de acuerdos de empresa constituyen un medio más rápido y ágil que el convenio colectivo ordinario en el tratamiento de los problemas habituales de las entidades productivas: la organización de la actividad y de las condiciones laborales y salariales en la empresa, la plasmación de las conclusiones alcanzadas en procesos de participación de los trabajadores, la adopción de decisiones atinentes a la composición, estructura o adscripción de la plantilla, la transacción respecto de determinadas propuestas empresariales, la adopción de medidas a favor de la igualdad de género o, en fin, la pacificación de situaciones conflictivas.

Palabras clave: Convenio colectivo, negociación colectiva, convenio de empresa, descuelgue salarial.

ABSTRACT

The company agreements as a channel of internal flexibility, content and legal regime

Along with the standard collective agreement, many manifestations of an informal collective autonomy have become importance by the last reforms, because this other company agreements are faster than the collective agreement ordinary in the treatment of the common problems of productive corporations: the organization of the activity and working and remuneration conditions in the enterprise, the translation of the conclusions reached in the process of worker participation, the decisions to the composition or structure of staff, the transaction of certain business proposals, the actions for gender equality or, finally, the solutions of the conflict situations.

Keywords: Collective agreement, collective bargaining agreement.

Fecha de recepción: 2/12/2011.

Fecha de aceptación: 2/12/2011.

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO.
- II. EVOLUCIÓN.

- III. SU IMPORTANCIA EN TIEMPO DE CRISIS.
- IV. NATURALEZA JURÍDICA.
- V. EFICACIA.
- VI. VIGENCIA.
- VII. TIPOLOGÍA.
- VIII. LOS ACUERDOS «DE REGULACIÓN» O «SUBSIDIARIOS».
 - 1. **Concepto.**
 - 2. **Fines.**
 - 3. **Relaciones convenio-acuerdo.**
 - 4. **Especial referencia a la violencia de género y a la conciliación de la vida laboral y familiar.**
- IX. LOS PACTOS DE «REORGANIZACIÓN PRODUCTIVA».
 - 1. **Supuestos.**
 - 2. **Especialidades procedimentales.**
 - 3. **Situaciones concursales.**
 - 4. **Contrapeso en las decisiones empresariales.**
- X. ACUERDOS DE PACIFICACIÓN DE SITUACIONES DE CONFLICTO.
- XI. ACUERDOS DE IGUALDAD DE TRATO.
- XII. LOS DENOMINADOS «DESCUELQUES».
- XIII. ALGUNOS SUPUESTOS DE DIFÍCIL ENCAJE.
- XIV. ACUERDOS DE EMPRESA INFORMALES.

I. PLANTEAMIENTO

Al igual que ha sucedido con las leyes, cada vez más dispositivas y menos imperativas, la negociación colectiva y el propio convenio colectivo distan de integrar un fenómeno unitario⁽¹⁾.

De la misma forma que el contrato de trabajo hace ya tiempo que debió abdicar de su vieja aspiración de constituir un modelo único ante la «normalidad» y frecuencia de los contratos atípicos, la negociación colectiva produce también, junto al convenio colectivo estándar (de eficacia general recogido en el título III ET), manifestaciones varias de autonomía colectiva de carácter más informal, difuminando, a menudo, las fronteras entre negociación y consulta, no en vano este otro tipo de acuerdos constituye un medio más rápido y ágil que el convenio colectivo ordinario en el abordaje de los problemas habituales

(1) FUENTES RODRÍGUEZ, F.: *El convenio colectivo tras la reforma laboral*, Valencia, 1995, pp. 47 y ss.

de las organizaciones productivas⁽²⁾: la regulación de cuestiones relativas a las condiciones de trabajo, la organización de la actividad y de las relaciones laborales en la empresa, la plasmación de las conclusiones alcanzadas en procesos de participación de los trabajadores, la adopción de decisiones atinentes a la composición, estructura o adscripción de la plantilla, la transacción respecto de determinadas propuestas empresariales, la adopción de medidas a favor de la igualdad de género o, en fin, la pacificación de situaciones conflictivas o la conclusión de una huelga⁽³⁾.

La tipología de estos acuerdos de empresa es muy variada: a) subsidiarios, en defecto de convenio colectivo (artículos 22.1, 24.1, 29.1, 31, 34.2, 34.3, 38 y 67.1 ET), sobre distintas materias; b) modificativos de convenios colectivos estatutarios (artículo 41.6 ET); c) de descuelgues e inaplicaciones de los regímenes salariales fijados en convenios colectivos [artículos 82.3 y 85.3.c) ET]; d) de reorganización productiva, sobre traslados colectivos (artículo 40.2 ET), modificación de condiciones laborales (artículo 41.4 ET), suspensiones de contratos por causas empresariales (artículo 47.1 ET) y reducciones de jornada (artículo 47.2 ET); e) sobre despidos colectivos por causas económicas y sobre planes sociales acordados en el marco de un expediente de regulación de empleo (artículo 51 ET); f) transmisión de empresa (artículo 44.4 ET); g) sobre despidos, modificaciones laborales y suspensiones en el marco de un procedimiento concursal (artículo 64 Ley 22/2003, de 9 de julio —LC—); h) de aplicación de procedimientos convencionales para la solución de discrepancias (artículo 85.1 ET); g) de promoción de condiciones de igualdad entre mujeres y hombres (artículo 73 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres —LOIEMH—) o de prevención del acoso sexual o por razón de sexo (artículo 48 LOIEMH)⁽⁴⁾.

A esta no reducida lista habría aún que añadir otra, de seguro de mucha mayor extensión, capaz de sistematizar los acuerdos de empresa que se negocian de manera cotidiana en nuestro sistema de relaciones laborales y que pueden versar sobre las más diversas materias, entre otras muchas, sobre prejubilaciones, bajas incentivadas, desplazamientos, formación profesional, reordenación funcional o recolocación de trabajadores, por citar un grupo de cuestiones que entran en lo que, de manera amplia, cabe denominar como reestructuraciones empresariales. En cuanto a la práctica convencional, son numerosas, por ende, las manifestaciones de autonomía colectiva que recogen acuerdos menores, habitualmente de marcado cariz económico⁽⁵⁾; ahora bien, la cuantificación del fenómeno se presenta como tarea harto difícil⁽⁶⁾, no en vano factores como la falta de publicación, hacen

(2) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F., dir.): *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994, pp. 47 y ss.

(3) GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Madrid, 2009, p. 15.

(4) VALDÉS DAL-RÉ, F.: «El sistema español de negociación colectiva, entre la continuidad y el cambio» (y II), *RL*, núm. 9, 2011, p. 10.

(5) Al respecto, entre otros, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, Madrid, 1985, p. 33.

(6) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El impacto de la reforma en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y los acuerdos de empresa», en AA.VV. (Escudero Rodríguez, R., coord.): *Reforma de la legislación laboral*, Sevilla, 1997, p. 249.

poco menos que imposible su localización⁽⁷⁾. No es difícil deducir, empero, al menos en empresas de unas mínimas dimensiones, la existencia de este tipo de pactos formalizados como medio especialmente apto para encauzar la pretensión de acomodar la regulación más genérica de las condiciones de trabajo a sus necesidades concretas⁽⁸⁾.

Ante la ausencia de definición legal de los acuerdos de empresa, lo principal que tienen en común es el hecho de celebrarse en el ámbito empresarial, aunque esta circunstancia no es en sí misma suficiente para su diferenciación. De este modo, sólo cabe una noción en negativo, para señalar que no son los convenios típicos regulados por el título III ET, lo que les otorga grandes dosis de flexibilidad, al no tener que someterse a los condicionantes legales de los preceptos de éste, tanto subjetivos (principalmente de legitimación y de mayorías exigidas) como de contenido y formales (procedimentales) que se exigen para los convenios colectivos estatutarios⁽⁹⁾.

II. EVOLUCIÓN

El análisis del papel a que está llamado el pacto de empresa en el actual sistema de relaciones laborales exige recordar, aun sucintamente, cómo el proceso evolutivo iniciado con la Ley 8/1980 «hacia la normalización con nuestro entorno cultural»⁽¹⁰⁾ ha ido sumando fases al progresivo proceso de revalorización de los ámbitos inferiores de negociación colectiva («esclerosis del centralismo»)⁽¹¹⁾ bajo una premisa indubitada: «la norma laboral, sea del Estado o de los agentes sociales, no puede ser una losa situada encima de la agilidad... (dañando) todos los elementos que hacen de la empresa una organización viva, eficaz y de futuro»⁽¹²⁾. Así, a la disminución del «peso de las leyes y de los reglamentos, en beneficio de las reglas que los operadores económicos fijan por sí mismos», acompaña el paralelo aumento de importancia de los convenios como género, primero, y de los acuerdos o pactos, más tarde, con un principal beneficiado: la empresa⁽¹³⁾.

Poco a poco se han ido abriendo paso en la negociación a este nivel inferior técnicas de articulación orientadas, bien a salvar prohibiciones de negociar condiciones de trabajo colectivamente, bien a complementar la negociación típica, bien, en fin, a mitigar la rigidez de los cauces habilitados por la ley⁽¹⁴⁾, incluidos los derivados de la mayor representati-

(7) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Derecho legal y tutela colectiva en la Ley 11/1994», en AA.VV.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor M. Alonso García*, Madrid, 1995, p. 34.

(8) LAHERA FORTEZA, J.: «Admisión de la negociación *ante tempus* de los convenios colectivos», *RL*, núm. 4, 1999, pp. 64 y ss.

(9) CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid, 4.ª edición, 2011, p. 509.

(10) OJEDA AVILÉS, A.: «Los acuerdos de empresa en la estructura de la negociación colectiva», en AA.VV.: *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa*, Madrid, 1996, p. 199.

(11) TREU, T.: «Negociación colectiva, consulta/concertación, negociación política», en AA.VV.: *Concertación social, neocorporativismo y democracia*, Madrid, 1991, pp. 284-285.

(12) SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «La reforma laboral pendiente: visión jurídica», *DL*, núm. 58, 1999, p. 7.

(13) SUPIOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1996, p. 195.

(14) ALONSO OLEA, M.: *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Madrid, 1995, pp. 138 y ss.

dad⁽¹⁵⁾. De ellas han debido hacerse eco, forzados por su prolífica reproducción, tanto el legislador como la jurisprudencia y la doctrina. Un repaso a tales instancias de referencia muestra una reforma legal en 1994⁽¹⁶⁾, precedida y ratificada por numerosos pronunciamientos doctrinales⁽¹⁷⁾ —y por la propia «tipicidad social»⁽¹⁸⁾—, de profunda incidencia en la potencialidad del desarrollo de tales pactos y acuerdos, acompañada de un reconocimiento jurisprudencial ciertamente más matizado⁽¹⁹⁾.

La Ley 11/1994 pretende, así, adaptar la construcción jurídica de tales pactos a las siguientes líneas maestras: en primer lugar, pretensión flexibilizadora y de impulso a la adaptación de la norma laboral a su entorno más próximo; en segundo término, la promoción de la negociación colectiva y el consiguiente proceso de sustitución de los productos heterónomos por aquellos nacidos de la autonomía; y, a la postre, el objetivo de ir abriendo vías nuevas a la participación de los trabajadores en la toma de decisiones en la empresa⁽²⁰⁾.

Sobre esta misma idea de descentralización de la negociación hacia el ámbito empresarial insiste la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, entre cuyos objetivos ocupa un lugar destacado el de aumentar la flexibilidad interna: el poder organizativo del empresario, la movilidad geográfica, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o las reducciones de jornada⁽²¹⁾, permitiendo la novación por acuerdo de empresa de las condiciones establecidas no sólo en convenio empresarial, sino también en convenio de ámbito superior. Ello implica la posibilidad de limitar la eficacia de lo pactado a un nivel superior por un simple acuerdo de empresa, saliendo netamente reforzada la negociación de nivel inferior, que, a través del artículo 41.6 ET, puede afectar a un convenio superior, no sólo en materia salarial a través del descuelgue (artículo 82.3 ET), sino también alterando las condiciones de horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento y funciones (cuando excedan de los límites para la movilidad funcional)⁽²²⁾.

(15) NAVARRO NIETO, F.: *La representatividad sindical*, Madrid, 1993, pp. 59 y ss., especialmente p. 54.

(16) No significa esto que los acuerdos de empresa sean «invento» del legislador de 1994; al contrario, «hay importantes precedentes en la materia, dado que la legislación anterior se pronunciaba, en ocasiones, sobre determinados acuerdos en el ámbito de empresa», algunos de los cuales «siguen existiendo, si bien con un perfil jurídico —o dentro de un contexto normativo— no coincidente plenamente con el anterior. La alusión a la tradicional admisión de los pactos de modificación sustancial de condiciones de trabajo y a los encuadrados dentro de los expedientes de regulación de empleo ilustra suficientemente tal afirmación», ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El impacto de la reforma en el sistema de fuentes del trabajo y los acuerdos de empresa», en AA.VV. (Escudero Rodríguez, R., coord.): *Reforma de la legislación laboral*, Sevilla, 1997, p. 249.

(17) PRADOS DE REYES, F.J.: «Acuerdos informales de empresa: tipificación y eficacia jurídica. Valor frente a condiciones más beneficiosas», *RL*, núm. 13, 1991, pp. 85 y ss.

(18) La realidad impone la norma, ROMAGNOLI, U.: *Il contratto collettivo di empresa*, Milán, 1963, p. 73.

(19) APILLUELO MARTÍN, M.: «Los convenios colectivos extraestatutarios y los acuerdos colectivos y plurales de empresa. Algunas precisiones de la jurisprudencia y la nueva Ley de 1994», *AL*, núm. 9, 1995, pp. 133 y ss.

(20) GARCÍA MURCIA, J.: «Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa», *DL*, núm. 46, 1995, p. 43.

(21) GÁRATE CASTRO, J.: «La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo», *AL*, núm. 1, 2011, p. 14.

(22) GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010», *AL*, núm. 4, 2011, p. 406.

Esta facultad está atribuida exclusivamente al acuerdo entre la representación unitaria y el empresario afectados. Sólo ante el supuesto de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación «a una comisión sindical» formada por tres miembros de los sindicatos más representativos o representativos del sector (artículos 82.3 y 41.4 ET)⁽²³⁾.

Con ello se descentralizan las llamadas cláusulas de descuelgue, que hasta ahora sólo podían ser establecidas en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, y exclusivamente en su ausencia se permitía que la inaplicación se pudiera negociar a nivel de empresa y, en caso de descuerdo, la cuestión debía ser solventada por la comisión paritaria del convenio. Con la Ley 35/2010 esa comisión paritaria quedó desplazada del procedimiento, si bien, en una nueva reforma, el Real Decreto Ley 7/2011 añade un tímido apartado 4 en el artículo 85.3.h) ET para incluir, dentro del contenido del convenio colectivo, «la intervención que se acuerde (de dicha comisión) en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos, cuando no exista representación legal de los trabajadores en la empresa»⁽²⁴⁾. Este Real Decreto Ley habilita, además, a la comisión paritaria para «solucionar las discrepancias tras la finalización del período de consultas en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial» [artículo 85.3.h), apartado 3, ET].

En fin, esta evolución demuestra, sin ningún género de duda, cómo procede situar a los acuerdos de empresa en el marco de varias tendencias concluyentes de las que dan buena muestra la Ley 11/1994 y la Ley 35/2010: repliegue de las normas estatales, enriquecimiento de la negociación colectiva, descentralización y flexibilización de aquélla, potenciación de la negociación colectiva en la empresa, institucionalización de un «doble canal» en la negociación colectiva, incremento de la participación de los trabajadores y facilitación de los descuelgues⁽²⁵⁾.

III. SU IMPORTANCIA EN PERÍODOS DE CRISIS

A resultas de la recesión económica y de la evolución tecnológica se inicia un proceso simultáneo de desregulación y de descentralización de la negociación colectiva⁽²⁶⁾ como cauce más idóneo para dar correcto cumplimiento al objetivo de conseguir un derecho adaptable, flexible, elástico ante las concretas necesidades en cada empresa. Como con acierto se ha dicho, «el acto de autorregulación que significa el acuerdo de empresa comporta... un elemento de particularidad que no existe en el mismo grado a nivel de sector [...]. En sí mismo, el sector no da demasiado lugar a una autorregulación pues los intere-

(23) BAYLOS GRAU, A.: «Movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma del 2010», *La Ley*, núm. 7488, 2010, p. 27.

(24) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «La reforma de la negociación colectiva (el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes)», *Información Laboral*, núm. 6, 2010, p. 6.

(25) GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Madrid, 1998, pp. 25 y ss.

(26) BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid, 1991, pp. 87 y ss.

ses globales a los que sirve de marco específico, no son ni bastante consistentes ni están suficientemente integrados para constituir un objeto corriente de negociación colectiva. En cambio, cuando la empresa produce su propio estatuto convencional encuentra en sí misma todo el objeto de negociación. Pone en juego sus propios intereses, que son numerosos, complejos y evolutivos. Regula una realidad que integra lo económico, lo social y lo jurídico pero que es singular y mucho más homogénea que la de la norma profesional. El enfoque de los negociadores es mucho más concreto y su implicación personal en el acto es mucho más directa»; en definitiva, «el nivel de empresa... es a la vez el nivel más concreto y el más descentralizado»⁽²⁷⁾.

En paralelo, frente al carácter estático de la norma y del convenio de sector⁽²⁸⁾, se alza una autonomía colectiva *sui generis*, instrumento que permite considerar como merecen cualesquiera factores singulares que surjan en el seno de la organización productiva, así como conceder un mayor espacio de actuación a los representantes de los trabajadores afectados⁽²⁹⁾. El contrapunto negativo podría venir dado, empero, por el establecimiento de condiciones más beneficiosas en tales instrumentos y la consiguiente desigualdad en las condiciones de trabajo, provocando un proceso de «balcanización» de las relaciones laborales en torno a «microsistemas sin carácter oficial»⁽³⁰⁾.

El desarrollo de los pactos y acuerdos de empresa se enmarca, además, en el ámbito de un proceso mucho más amplio de evolución de los principios sobre los que se asienta el sistema de fuentes en el ordenamiento laboral, a partir de un nuevo «enclave» que plasma una vez más la «dialéctica» entre aquéllas⁽³¹⁾.

Constatado el progresivo repliegue de la norma legal imperativa en favor de su condición de disponible⁽³²⁾, es preciso aludir a una evolución análoga y paralela entre los convenios colectivos mismos, pues lejos de poder ser concebidos como un fenómeno unitario, aparecen orlados cada vez más de un carácter polícromo —«poliédrico»⁽³³⁾— y, aun cuando sea cierto que no constituye novedad alguna la presencia de convenios impropios o informales frente al típico estatutario, es evidente su proliferación en tiempos recientes, en múltiples variedades, y su potenciación legal sin precedentes.

En tal sentido, las últimas normas no sólo actúan en la línea de remover los obstáculos que pudieran dificultar el nacimiento y operatividad del convenio estatutario, sino que,

(27) CHALARON, Y.: *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, París, 1990, pp. 12 y 16.

(28) SUPIOT, A.: *Critique du Droit du Travail*, París, 1994, p. 93.

(29) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.^ªR.: «La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa: el supuesto del artículo 41.2, párrafo 3.º del Estatuto de los Trabajadores», *La Ley*, 15 de mayo de 1995, pp. 1 y 2.

(30) GARCÍA MURCIA, J.: «Diferenciación de trato, igualdad de oportunidades y negociación colectiva», en AA.VV.: *La nueva función de la negociación colectiva y los acuerdos interconfederales sobre el empleo. X Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, 1998, pp. 33 y ss.

(31) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El impacto de la reforma en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y los acuerdos de empresa», cit., p. 250.

(32) FUENTES RODRÍGUEZ, F.: *El papel del convenio colectivo tras la reforma laboral*, Valencia, 1995, pp. 85 y ss.

(33) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Unidad y pluralidad en los acuerdos de empresa en la reforma de 1994», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, p. 143.

además, en su tarea de fortalecer como fuente de regulación a la negociación colectiva, proceden a fomentar en paralelo otros productos de la autonomía colectiva distintos al convenio estatutario, enriqueciendo así el sistema de fuentes; todo ello sin perjuicio de seguir manteniendo que la negociación colectiva de eficacia general «se ha erigido en el cauce típico de fijación de condiciones de trabajo, habiendo adquirido plena vigencia social»⁽³⁴⁾.

La premisa de que el acuerdo de empresa facilita la flexibilidad en la gestión empresarial no queda empañada por la novedosa previsión que el Real Decreto Ley 7/2011 introduce en el artículo 85.3 ET, al que añade un apartado i), que exige, como contenido mínimo del convenio, el establecimiento de medidas para contribuir a la flexibilidad interna en la empresa (como alternativa a la flexibilidad de salida), que favorezcan «su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda y la estabilidad del empleo en aquélla», tenor que evoca la redacción presente en la formulación legal de los artículos 40.1, 41.1 y 51.1 ET⁽³⁵⁾.

La redacción del texto legal se articula sobre una cláusula general y abierta, admitiendo cualquier medida susceptible de coadyuvar en el propósito indicado, pero, el legislador, consciente de la falta de experiencia en muchas unidades de negociación, se atreve a ir más allá y fijar un núcleo mínimo indisponible, que ha de aparecer en todo caso, centrado, en particular, en las medidas siguientes⁽³⁶⁾:

1. Un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de forma irregular a lo largo del año. Salvo pacto en contrario, este parámetro será de un cinco por ciento.
2. Los procedimientos y los períodos temporales y de referencia para la movilidad funcional en la empresa⁽³⁷⁾.

En fin, esta nueva letra i) del artículo 85.3 ET no debe hacer olvidar la mejor adaptación a las condiciones y circunstancias de la empresa que consiguen los acuerdos de empresa, en tanto facilitan la implicación del personal en la ordenación de todos aquellos aspectos que le resultan de interés, procuran un ambiente laboral más participativo y compartido y, a la postre, previenen conflictos y contenciosos. Ello hace necesario que se adopten con un marcado carácter informal, sin necesidad de observar reglas expresas sobre procedimiento, forma y tramitación. Ahora bien, no puede olvidarse que forman parte del engranaje legal y, sobre todo, que cumplen una función muy particular por encargo del legislador, lo cual exige la observancia, como modelo inevitable, de algunos de los aspectos que el propio título III ET dispone para los convenios colectivos, pues éste no deja de ser el marco legal e institucional de nuestro sistema de negociación colectiva a los efectos oportunos⁽³⁸⁾.

(34) VALDÉS DAL-RÉ, F.: «El paradigma legal de la negociación colectiva», *RL*, núms. 6-7, 1990, p. 119.

(35) GOERLICH PESET, J.M.: «Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de la ultraactividad», en AA.VV. (García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., dirs.): *La reforma de la negociación colectiva*, Valladolid, 2011, p. 106

(36) MOLINA NAVARRETE, C.: «La decretada reforma de la negociación colectiva: el último botín de los mercaderes del templo», *RTSS (CEF)*, núm. 340, 2011, p. 34.

(37) VARELA AUTRÁN, B.: «La reforma de la negociación colectiva», *La Ley*, núm. 7713, 2011, p. 2.

(38) GARCÍA MURCIA, J.: «Los acuerdos de empresa: marco general», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F., dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*, Madrid, 2007, pp. 630 y ss., autor a quien se sigue en la presente exposición.

Así —y sin ánimo exhaustivo—, en la primera fase de inicio de las negociaciones, cabe señalar que aun cuando no tiene por qué existir una comunicación formal por escrito de una parte hacia la otra, lo cierto es que tiene que concurrir algún tipo de iniciativa en este sentido, basada en algún problema no resuelto, alguna circunstancia nueva o un determinado cambio en el contexto laboral de la empresa.

Además, cabe presumir que la propuesta de negociación genera un cierto deber de negociar para la parte contraria, sin perjuicio de que puedan existir razones para negarse al inicio de las negociaciones, tanto las que se prevén en la ley con carácter general (artículo 89.1 ET) como cualesquiera otras jurídicamente aceptables (como la existencia de regulación pactada sobre la materia, o la falta de prueba o de una mínima acreditación de las circunstancias justificativas del acuerdo).

De aceptarse la iniciativa, el paso siguiente tendría que ser la constitución de la comisión negociadora, a propósito de lo cual no se aprecian mayores obstáculos para aplicar las reglas del artículo 88 ET, tanto sobre el número de miembros como sobre su composición interna.

Por supuesto, la negociación habrá de desarrollarse conforme al deber de buena fe y con ausencia de violencia, fraude o engaño. El nombramiento de mediadores y la adopción de acuerdos por mayoría también son pautas perfectamente aplicables para este tipo de negociación.

Las reglas sobre el contenido mínimo, necesario o posible de los convenios colectivos (artículo 85.3 ET), que tienen sentido para el convenio colectivo típico, no parecen, sin embargo, pertinentes en el contexto aquí analizado, singularmente las relativas a los nuevos plazos que el Real Decreto Ley 7/2011 establece para evitar bloqueos a la renovación de la negociación: plazo mínimo de preaviso para la denuncia del convenio antes de expirar su vigencia (tres meses, salvo pacto en contrario); plazo máximo de inicio de la negociación de un convenio una vez se ha denunciado el anterior (quince días desde la constitución de la comisión negociadora); y plazo máximo de terminación de la negociación de un nuevo convenio (ocho meses para convenios con una vigencia menor a dos años o catorce meses si son de vigencia superior)⁽³⁹⁾.

No obstante, en el acuerdo de empresa, como en todo acuerdo colectivo, habrá que precisar algunos aspectos de orden general (cláusulas configuradoras), como las partes que lo firman, su ámbito de aplicación o su duración. Su contenido temático limitado no impide que dentro de un mismo acuerdo de empresa se aborden conjuntamente dos o más cuestiones de las que conforman su posible ámbito material (clasificación profesional y ascensos, por ejemplo), ni tampoco que en un mismo acto se negocien todas aquellas que, estando previstas en la ley, puedan ser de interés para la empresa, o que se dé respuesta al mismo tiempo a un problema de estructura (dimensión o ubicación de la plantilla) y a un déficit de regulación (tiempo de trabajo, por ejemplo).

En fin, pese a que el ET no exige forma escrita, ni presentación ante la autoridad laboral, ni publicación oficial, no cabe duda de que los acuerdos de empresa requieren

(39) SALA FRANCO, T.: «La reforma de la negociación colectiva (Real Decreto Ley 7/2011, de 11 de junio)», *AL*, núm. 18, 2011, pp. 2106 y ss.

algún tipo de soporte formal con el fin de propiciar su difusión y su conocimiento en el ámbito funcional correspondiente. Nuevas perspectivas abre en este punto el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, pues su ámbito de aplicación extiende la obligación de registro y depósito a todos los convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

IV. NATURALEZA JURÍDICA

Es clara la progresiva tendencia a reconocer carácter normativo a estos pactos o acuerdos. Si negociado el acuerdo por representantes unitarios o por representantes sindicales que cumplan los requisitos de legitimación señalados en el ET tendrán, además, eficacia general⁽⁴⁰⁾; de lo contrario, suele afirmarse su naturaleza contractual. No faltan, sin embargo, pronunciamientos que les privan de tal carácter normativo o que identifican parcialmente a éstos con los convenios colectivos, reconociéndoles carácter normativo, no obstante su posición subordinada y su contenido disponible⁽⁴¹⁾.

La propia diferencia terminológica (convenio/acuerdo) ha conducido a un arduo debate, de cuya resolución depende la posición del acuerdo de empresa en el sistema de fuentes, respecto a la posibilidad (o no) de incardinar estos pactos dentro de la noción de convenio, sea el estatutario o el extraestatutario, o a concebirlos como una «tercera vía» intermedia.

La comprensión del papel llamado a jugar por los acuerdos de empresa obliga a detenerse, siquiera brevemente, en el citado debate para señalar que la citada reforma de 1994 confiere carta de naturaleza a la afirmación de la fuerza vinculante de los acuerdos de empresa, fácilmente reconducibles al Título III ET aun cuando sólo sea parcialmente, de forma tal que su carácter estatutario (y, en consecuencia, el beneficio del «plus de eficacia» o «carácter *erga omnes*») o extraestatutario dependerá del cumplimiento de los requisitos de mayoría exigidos por el Estatuto de los Trabajadores⁽⁴²⁾, sin que ello habilite en modo alguno para hablar de «suplantación negocial» de las reglas para convenir fijadas en la ley o de «crisis abierta»⁽⁴³⁾ de la legalidad en la materia.

Ayudan a la creación de un «ambiente normativo»⁽⁴⁴⁾ sobre estos pactos, de un lado, el principio de buena fe que preside la actuación de los negociadores y, de otro, el hecho de representar los agentes sociales a todos los trabajadores afectados, tanto si son elegidos por ellos como si son miembros de una organización sindical que les represente⁽⁴⁵⁾.

El cúmulo de todos estos elementos ha llevado a afirmar su valor normativo y la eficacia general cuando ostenten los requisitos legales de mayoría y sean pactados por sujetos

(40) STS 20 de junio de 2011.

(41) SÁEZ LARA, C.: «Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico», *RL*, núm. 11, 1995, p. 67.

(42) STCo 108/1989, de 8 de junio.

(43) DIÉGUEZ CUERVO, G.: «Nueva lección sobre la negociación colectiva informal», en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, 1985, p. 258.

(44) LASARTE ÁLVAREZ, C.: «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación», *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 1980, pp. 71-78.

(45) SSTSJ Galicia 6 de julio de 2005 y País Vasco 25 de octubre de 2005.

legitimados que cumplan debidamente las prescripciones de la buena fe y, como consecuencia, la equiparación de su eficacia a la del convenio del Título III ET.

Como ejemplo de tesis extremas, frente a quienes niegan el carácter normativo a los acuerdos de empresa (con fundamento en el tenor de un artículo 37.1 CE limitado a dirigir un mandato al legislador, siendo el desarrollo efectuado por éste, siempre con respeto a su contenido esencial, el encargado de delimitar el derecho a la negociación colectiva: por tanto, si el Título III ET es el vehículo de cumplimiento del mandato constitucional, no ha sido opción del legislador dotar de fuerza normativa a pactos elaborados al margen)⁽⁴⁶⁾, o, a lo sumo, les consideran actos normativos intermedios —en cuanto portadores de eficacia real, pero de imposible inclusión en el sistema formal de fuentes⁽⁴⁷⁾—, no han faltado autores para quienes, no obstante la diversidad de funciones y variedad de tipos, el acuerdo de empresa viene a incrementar el sistema descrito en el artículo 3 ET, incorporando «una nueva fuente de regulación» de las relaciones laborales⁽⁴⁸⁾.

Tan radical afirmación última podría quedar matizada de modo inmediato, considerándola incorrecta, desde una perspectiva nominal o formal, no en vano alguna consecuencia ha de tener el hecho de que el legislador prefiera hablar de forma expresa de «acuerdos» en el ámbito de la empresa en lugar de inscribirlos sin más en el género, más conocido y jurídicamente perfilado, del «convenio colectivo»; máxime cuando en muchos casos los contraponen a éste. Pero también es cierto que desde una perspectiva material probablemente no sea del todo apropiado hacer esa distinción en el terreno de las fuentes; en realidad, el acuerdo de empresa no tiene su origen en una nueva fuente material o de producción, sino en una ya conocida y de gran tradición e importancia en el sistema español: la autonomía colectiva o, si se prefiere aludir a la actividad de la que emerge, la negociación colectiva⁽⁴⁹⁾.

Se trata, sin embargo, de un matiz meramente aparente en la realidad, no en vano la ausencia del acuerdo de empresa en el listado legal de fuentes no puede impedir que rija en el ámbito profesional correspondiente, ni tampoco que despliegue sobre el mismo la fuerza o capacidad normativa que indudablemente le atribuye la ley a lo largo de sus preceptos. La lógica no puede conducir más que a la conclusión de que el acuerdo de empresa (como otros posibles acuerdos o convenios colectivos) también forma parte del conglomerado de fuentes por el que se rigen los contratos de trabajo, en el que se incrusta a través del artículo 3.1.b) ET⁽⁵⁰⁾.

Dentro de ese sistema, el acuerdo de empresa goza de la posición propia del convenio colectivo, esto es, se encuentra sometido a «las disposiciones legales y reglamentarias del Estado», debiendo respetar los mínimos de derecho necesario, y se impone tanto «a la voluntad de las partes» expresada en el contrato de trabajo [artículos 3.1.c) y 3.5 ET],

(46) DURÁN LÓPEZ, F.: «El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva», *RL*, 1990, T. II, p. 138.

(47) VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, 1998, p. 77 y MERCADER UGUINA, J.R.: *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Madrid, 1994, pp. 343 y 524.

(48) GARCÍA MURCIA, J.: «Los acuerdos de empresa: marco general», *cit.*, p. 629.

(49) JAVILLIER, J.C.: «Négociations et accords d'entreprise en matière de rémunérations», *DS*, núm. 1, 1998, p. 69.

(50) STSJ 27 de febrero de 2011.

como a «los usos y costumbres locales y profesionales» [artículos 3.1.d) y 3.4 ET]⁽⁵¹⁾, siendo objeto de impugnación a través de la modalidad procesal de convenios colectivos⁽⁵²⁾ y pudiendo ser modificado únicamente por convenio colectivo o acuerdo equivalente⁽⁵³⁾.

V. EFICACIA

El pacto o acuerdo de empresa presenta una serie de caracteres que, en cierta medida, le dotan de una peculiar condición frente a otros instrumentos también fruto del consenso:

En primer lugar, el pacto no constituye mero complemento del convenio colectivo estatutario, sino que posee la virtud de poder operar como vía alternativa de negociación⁽⁵⁴⁾ («el acuerdo expresamente contemplado en la norma, de origen legal por tanto, ocupa un importante papel en el sistema de fuentes en cuanto, con carácter general, actúa como fuente de regulación alternativa, no meramente como complemento o ejecución del convenio estatutario»⁽⁵⁵⁾), constituyendo un instrumento particular de regulación, incluso una fórmula de participación no negociadora en sentido estricto, de aplicación preferente con respecto a las condiciones mínimas fijadas en el convenio sectorial⁽⁵⁶⁾.

En segundo término, su carácter de acuerdo informal es meramente relativo por cuanto, reconocido en la propia ley, aparece en realidad formalizado o, hasta cierto punto, tipificado. El reconocimiento legal lo es con gran amplitud, y hace renacer la idea de un núcleo de autonomía normativa dentro de la empresa, como «mundo autónomo»⁽⁵⁷⁾ (nacimiento y paulatina implantación de un «sistema de empresa autónomo»⁽⁵⁸⁾, en el cual ésta alcanza el lugar deseado como fuente de elaboración normativa propia para la regulación de las relaciones de trabajo en su seno⁽⁵⁹⁾, como por cierto ya lo tenía en Derecho Comparado bajo, por ejemplo, la denominación americana de *concession bargaining*, o la francesa de acuerdos *donnant-donnant*), «inmunizado» en cierta medida, frente a la construcción de las relaciones laborales llevada a cabo por la negociación colectiva más centralizada y frente a la homogeneización como producto último⁽⁶⁰⁾.

(51) GARCÍA MURCIA, J.: «Los acuerdos de empresa: marco general», *cit.*, p. 639.

(52) STS 26 de enero de 2010.

(53) SSTs 20 de febrero de 2006 y 26 de enero de 2010.

(54) GARCÍA MURCIA, J.: «Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa», *cit.*, p. 41.

(55) DURÁN LÓPEZ, F.: «Sucesión de convenios colectivos y cambio de la unidad de negociación», *REDT*, núm. 61, 1993, p. 683.

(56) STSJ Cataluña 17 de abril de 2001.

(57) BELIER, G.: «Les dérogations du Droit du Travail dans de nouveaux contrats d'entreprise: réflexions critiques sur certain projets», *DS*, núm. 1, 1986, p. 49.

(58) BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, *cit.*, pp. 91-95.

(59) PEDRAZZOLI, M.: *Democrazia industriale e subordinazione*, Milán, 1985, pp. 176-177.

(60) En definitiva, frente a los resultados de la negociación exterior, la rama de producción, BAYLOS GRAU, A.: «El nuevo papel de la autonomía colectiva en la reforma de las relaciones laborales», en AA.VV.: *La nueva regulación de las relaciones laborales*, Tarragona, 1994, p. 404.

Sorprende, por tanto, que el Tribunal Supremo atribuya a estos acuerdos colectivos el calificativo de «extraestatutarios» por «no haber seguido los trámites impuestos en los artículos 82 a 92 ET ni haber sido publicados en ningún boletín oficial»⁽⁶¹⁾. Ahora bien, la presencia de acuerdos colectivos de empresa, calificados de extraestatutarios por no haber sido negociados conforme al título III ET, pero de eficacia general, por cumplir con los requisitos de legitimación del artículo 87.1 ET, implica, al igual que si fueran estatutarios, una automaticidad frente a los contratos individuales de trabajo y una inderogabilidad individual peyorativa de lo acordado. Tal realidad quiebra la equivalencia estatutario-eficacia general y extraestatutario-eficacia limitada y genera una confusa ecuación extraestatutario-eficacia general⁽⁶²⁾. En todo caso, para que tengan esta eficacia general han de tener idénticos sujetos negociadores conforme al artículo 87.1 ET (comité de empresa o delegados de personal, secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité o entre los delegados de personal)⁽⁶³⁾.

Tal catalogación tiene gran trascendencia a efectos de articular el procedimiento de modificación convencional, pues, según el artículo 41.6 ET, «cuando dicha modificación se refiera a condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III de la presente Ley, sean éstos de sector o empresariales, se podrá efectuar en todo momento por acuerdo, de conformidad con lo establecido en el apartado 4, que exige en todo caso acuerdo con los representantes», abriendo enormemente las posibilidades de intervención de los acuerdos de empresa aquí analizados.

En todo caso, conviene distinguir entre la eficacia general de los acuerdos y el ámbito de aplicación de éstos. Que el acuerdo esté dotado de eficacia general no significa que deba dirigirse o destinarse al conjunto de los trabajadores de la empresa. Por sus propios fines o por las circunstancias concurrentes, el acuerdo de empresa puede tener unos contornos más limitados. Así ocurrirá en un hipotético acuerdo franja y en los acuerdos de reorganización productiva, que son desde luego acuerdos con validez y efectos en el conjunto de la empresa, pero que pueden afectar, bien a toda la plantilla (por ejemplo, en los casos de traslado completo de la empresa, de suspensión total de la actividad empresarial o de cierre definitivo de la empresa), o bien a una parte de ella (traslado de un centro de trabajo, despido parcial, etc.). En esta segunda hipótesis, el acuerdo no deja de tener eficacia general, pero por su propia naturaleza solo afecta a un grupo de trabajadores⁽⁶⁴⁾.

VI. VIGENCIA

La vigencia de los acuerdos de empresa debe venir determinada en un primer momento por la duración que las partes hayan pactado en virtud del principio de libre consenso. Sin embargo, los principales problemas que pueden plantearse en este terreno guardan relación

(61) SSTS 8 de mayo de 2006 y 18 de septiembre de 2007.

(62) LAHERA FORTEZA, J.: «La necesaria superación de la dualidad estatutario/extraestatutario en los acuerdos de empresa» (SSTS, 4.ª, de 8 de mayo de 2006 y 18 de septiembre de 2007)», *RL*, 2008, tomo I, p. 598.

(63) SSTS 24 de mayo de 2004 y 7 de diciembre de 2005.

(64) GARCÍA MURCIA, J.: «Los acuerdos de empresa: marco general», *cit.*, p. 630.

con la coincidencia en el tiempo de otras manifestaciones de la autonomía colectiva, ya sean otros acuerdos de empresa, convenios colectivos estatutarios o convenios o pactos colectivos extraestatutarios.

Sin perjuicio de las matizaciones a efectuar cuando se analice cada uno de los tipos de acuerdos de empresa, en el caso de la coincidencia temporal de los instrumentos aquí analizados y convenios colectivos estatutarios, muchas veces el propio ET establece una relación de subsidiariedad entre unos y otros a favor de estos últimos, por lo que negociado un convenio colectivo típico que regule la materia que aborda un acuerdo de empresa en vigor en ese momento, éste decaerá en su vigencia a favor del mencionado convenio colectivo. En otras ocasiones, el legislador no establece expresamente esta relación de subsidiariedad, por lo que podría surgir la duda de si existirá obligación de respetar hasta que finalice su vigencia el acuerdo de empresa suscrito en primer término, en detrimento del convenio colectivo que vio la luz posteriormente, entendiéndose, sin embargo, el Tribunal Supremo que la aplicación del principio de jerarquía normativa hace que el acuerdo de empresa «no pueda prevalecer ni contradecir las disposiciones del convenio colectivo estatutario»⁽⁶⁵⁾, idea no compartida por algunos órganos judiciales inferiores y que habrá que entender corregida de atender a lo dispuesto en el nuevo artículo 84.2 ET⁽⁶⁶⁾.

En cuanto a las relaciones entre los acuerdos de empresa y los convenios extraestatutarios, cabe afirmar, a falta de regla expresa contenida en el ET, la prioridad aplicativa de los acuerdos de empresa, por tratarse de una manifestación de la autonomía colectiva claramente albergada en la norma estatutaria⁽⁶⁷⁾.

En fin, por lo que respecta a la coincidencia temporal entre acuerdos colectivos de empresa, parece razonable que el criterio a seguir sea el del respeto al acuerdo negociado en primer término mientras esté en vigor, claro está siempre que el negociado posteriormente no sea una modificación del anterior acordada por los mismos sujetos que negociaron el acuerdo vigente⁽⁶⁸⁾.

VII. TIPOLOGÍA

La intervención del legislador en la materia no sólo otorga un importante campo de actuación a los pactos de empresa, sino que, especialmente a partir de la reforma del ET llevada a cabo en el año 1994, los dota de gran variedad en cuanto a sus modalidades⁽⁶⁹⁾. A menudo, instrumento regulador de ciertos aspectos de la relación individual de trabajo, en ocasiones trámite en el proceso a recorrer por el empresario en la adopción de medidas de organización del trabajo, sin dejar de ser, además, vía apropiada para adoptar medidas sobre la

(65) STS 18 de febrero de 2003.

(66) STSJ País Vasco 30 de abril de 2002.

(67) ELORZA GUERRERO, F.: «Acuerdos de empresa subsidiarios, modificativos, de reorganización productiva e informales», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F., dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*, Valencia, 2007, p. 662.

(68) STSJ Madrid 22 de julio de 2004.

(69) SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, Valencia, 1994, pp. 239 y ss.

representación unitaria en la empresa o, más en general, sobre las relaciones colectivas de trabajo y sobre posibles descuelgues de las condiciones del convenio del sector⁽⁷⁰⁾. Ello dificulta en grado sumo el reconocimiento exacto de un denominador común a todos ellos.

Al tiempo, y como lógica consecuencia de la diversidad de hipótesis de actuación previstas, cabe apreciar una gran heterogeneidad terminológica, reconducible, en la mayoría de los casos a la noción de «acuerdo» (sea una remisión genérica al mismo, habitualmente efectuada junto a la previsión del convenio como fuente reguladora —artículos 22, 29.1, 31, 34.2, 38 ó 67.1 ET—; sea a un «acuerdo colectivo» vinculado, dado el contexto, al ámbito empresarial —artículo 24 ET—; sea el establecimiento de la obligación empresarial de proceder a la apertura de un período de consultas con los representantes de los trabajadores orientado a «la consecución de un acuerdo» —artículos 40.2, 41.4, 47 ó 51.4 ET—), pues, aun cuando el ET no aluda expresamente a los «acuerdos de empresa», la fuerte tradición jurídica de tal expresión, afortunada por «su carga expresiva», ha llevado a que aparezca afianzada tanto en la doctrina como en la práctica jurisdiccional⁽⁷¹⁾.

Constatada así la inexistencia de un fenómeno unitario cuando de acuerdos de empresa se trata, y la falta de un concepto acabado en su aspecto formal, resulta evidente la gran dificultad para lograr una clasificación exhaustiva. Aun así no han faltado en la doctrina intentos en tal sentido, de entre los cuales bien cabría adoptar, por ejemplo, aquél conforme al cual se distingue entre acuerdos «subsidiarios», de «reorganización productiva», de «pacificación de las relaciones laborales» y de «descuelgue»⁽⁷²⁾.

Procede tener presente en todo caso cómo, al margen de estos acuerdos formalizados en el ET, confinados al papel de norma negociada si existe una remisión legal o convencional, cabe la posibilidad de que los representantes de los trabajadores y los empresarios suscriban otros sin cobertura legal expresa, la determinación de cuya viabilidad y eficacia —en definitiva, de si aún queda espacio en el sistema español de negociación colectiva para otros acuerdos dirigidos a complementar el convenio sectorial, adaptar su contenido, integrar posibles lagunas y ser causa de novedades salariales u organizativas— obligatoriamente requiere la remisión a dos tipos diferentes de funciones a desempeñar:

En primer lugar, parece evidente que, salvo los supuestos legalmente previstos de acuerdos «derogatorios» de previsiones convencionales (como ocurre con los acuerdos de descuelgue salarial del artículo 82.3 ET y de modificación de condiciones auspiciados por el artículo 41.6 ET), no cabe posibilidad alguna de pactos elaborados en la empresa en contradicción con el contenido del convenio supraempresarial de aplicación en la misma.

En segundo término, la respuesta es más compleja en cuanto a la posibilidad de elaborar acuerdos si no existe convenio que se pronuncie sobre un determinado aspecto, supuesto en el cual una interpretación restrictiva no parece tan apropiada, pues el hecho de que la ley, ocasionalmente, prevea el cauce del acuerdo de empresa en defecto de convenio superior no significa la prohibición simultánea de tal posibilidad para el resto de materias, a salvo, claro está, la negociación en el nivel supraempresarial (si está regulada la materia

(70) GARCÍA MURCIA, J.: «Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa», *cit.*, p. 38.

(71) GARCÍA MURCIA, J.: «Función, significado y tipología...», *cit.*, pp. 38-39.

(72) OJEDA AVILÉS, A.: «Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos», *AL*, núm. 17, 1995, pp. 256-257.

en este ámbito ya no habrá «vacío» a cubrir por el acuerdo⁽⁷³⁾ y la posible existencia de contenidos llamados a ser regulados por convenio colectivo típico o quedar, alternativa o subsidiariamente, al contrato de trabajo⁽⁷⁴⁾.

En definitiva, cuando de acuerdos de empresa subsidiarios se trata, «la relación legal es enunciativa» y, por tanto, los acuerdos pueden producirse lícitamente «siempre que... contengan regulaciones sobre aspectos [en] los que el convenio guarde silencio... Es decir, cuando no se afecte a un convenio vigente y, en consecuencia, no haya concurrencia con él»⁽⁷⁵⁾, pero nada impide la existencia de pactos informales autónomos, pues en la mayor parte de los casos «no existe una reserva material en favor del convenio colectivo para todas aquellas materias que integran el espacio propio de regulación de la negociación colectiva»⁽⁷⁶⁾.

Dejando para un momento posterior los supuestos no establecidos en el ET y algunos otros con ubicación legal pero de difícil clasificación, procede centrar ahora la atención en el análisis de aquellos acuerdos regulados en la propia legislación, denominados subsidiarios, de reorganización productiva, de pacificación, y de descuelgue o de modificación de condiciones de trabajo.

VIII. LOS «ACUERDOS DE REGULACIÓN» O «SUBSIDIARIOS»

1. Concepto

Esta modalidad de acuerdo de empresa constituye un ejemplo paradigmático del tantas veces mencionado paulatino repliegue del legislador estatal en la regulación de las relaciones laborales, origen, en ocasiones, de la «autonomización plena» de ciertas materias⁽⁷⁷⁾. Este proceso de exclusión voluntaria de la norma estatal genera espacios materiales que, por deseo de la propia ley, han de ser cubiertos a través de un convenio o, en su ausencia, de un acuerdo de empresa «subsidiario»⁽⁷⁸⁾, «defectivo», «de suplencia»⁽⁷⁹⁾ o «*praepter-convenio*»⁽⁸⁰⁾, sin dar lugar, no obstante, a norma supletoria alguna *stricto sensu* pues, aun cuando en ambos casos se trata de normas llamadas a operar en defecto de otra, el acuerdo

(73) GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La reforma de la negociación colectiva», en AA.VV. (Alarcón Caracuel, M.R., coord.): *La reforma laboral de 1994*, Madrid, 1994, p. 395.

(74) SÁEZ LARA, C.: «Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico», *RL*, núm. 11, 1995, p. 60.

(75) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El impacto de la reforma en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y los acuerdos de empresa», *cit.*, p. 267.

(76) CORREA CARRASCO, M.: *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, Pamplona, 1997, pp. 171-172.

(77) PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «El nuevo reparto funcional de territorios normativos entre la ley y el convenio colectivo», *RL*, núm. 17-18, 1994, p. 26.

(78) ESCUERO RODRÍGUEZ, R.: «Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F., coord.): *La reforma del mercado laboral*, *cit.*, p. 52.

(79) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El impacto de la reforma en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y los acuerdos de empresa», *cit.*, p. 255.

(80) VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva», *RL*, 1995, tomo I, p. 231.

de empresa es una norma *ad hoc* elaborada *ex professo* para cubrir un vacío normativo de carácter excepcional necesitado de cobertura interna, razón por la cual pierde su vigencia en cuanto desaparece aquella situación excepcional; en cambio, la norma supletoria subsistiría para ser utilizada cuando sea preciso⁽⁸¹⁾. Se evita, así, que determinadas materias se regulen por voluntad unilateral del empresario⁽⁸²⁾.

En cuanto hace a su naturaleza jurídica, son numerosas las dudas que asaltan al intérprete, pues mientras parece evidente su carácter diverso al convenio colectivo —según indica la llamada a actuar «en defecto» de éste—, del mismo modo, y como consecuencia lógica de su condición de acuerdo subsidiario al convenio estatutario, su eficacia necesariamente ha de ser normativa (al menos en cuanto a su aplicación automática e imperativa) y tener alcance *erga omnes* si cumplen los requisitos de legitimación⁽⁸³⁾. A tal conclusión conduce también la consideración de las materias afectadas, para las cuales se pretende lograr una regulación homogénea en la empresa⁽⁸⁴⁾, y la representatividad de la representación unitaria, que se extiende a todos los trabajadores, adquiriendo eficacia general a través «del mecanismo específico de la representación laboral»⁽⁸⁵⁾. Sin embargo, tal eficacia contrasta con el procedimiento de elaboración y el sistema de impugnación judicial (libre el primero, en el sentido de no vinculación a los trámites del artículo 89 ET; reconducido, el segundo, al proceso de conflictos colectivos del artículo 153 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social —LRJS—, reflejo de un carácter informal que acerca el acuerdo a los convenios extraestatutarios⁽⁸⁶⁾).

El juego conjunto de notas tan dispares ha llevado a cierto sector de la doctrina, no sin opiniones en contra⁽⁸⁷⁾, a dar por válida la calificación de estos acuerdos como *tertium genus* o «híbridos», en los cuales confluyen caracteres propios del convenio al que sustituyen y otros correspondientes al convenio extraestatutario, desmarcándose así de ambos a partir de una triple condición: 1) la existencia de un contenido propio prefijado por la ley, 2) un ámbito geográfico ceñido a la empresa, y 3) una extensión temporal condicionada a la no regulación por convenio de las materias remitidas⁽⁸⁸⁾.

La opinión más generalizada entiende, no obstante, que estos acuerdos de empresa han de tener la naturaleza vinculante que nace de ser productos de la negociación colectiva, han de tener fuerza normativa, y si se adoptan con los requisitos de legitimación exigidos por el ET para los convenios colectivos, serán, ineludiblemente, convenios colectivos de empresa que han penetrado en la esfera de un convenio previo (de empresa o de ámbito

(81) MARTÍN VALVERDE, A.: «Concurrencia y articulación de normas laborales», *RPS*, núm. 117, 1978, pp. 9 y 19.

(82) SSTSJ Canarias/Las Palmas 28 de junio de 2002 o Navarra 13 de octubre de 2005.

(83) ALFONSO MELLADO, C.L.; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Los pactos o acuerdos de empresa*, Valencia, 1996, p. 118.

(84) ALBIOL MONTESINOS, I.: «Los acuerdos de empresa», *TS*, núm. 58, 1995, p. 89.

(85) STS 24 de mayo de 2004.

(86) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa», *cit.*, p. 55.

(87) Por todos, RIVERO LAMAS, J.: «Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de negociación informal», *cit.*, p. 115.

(88) SALA FRANCO, T.; ALFONSO MELLADO, C.L. y PEDRAJAS MORENO, A.: *Los acuerdos o pactos de empresa*, Valencia, 1996, p. 23.

superior) porque el ET lo permite (una peculiar figura de concurrencia, referida a materias que el convenio no regula)⁽⁸⁹⁾. En el plano legal, la solución parece ser, pues, la de su equiparación con los convenios colectivos típicos, pues comparten con ellos la tarea de proporcionar reglas objetivas para el correspondiente ámbito de trabajo, hasta el punto de que en algunos casos los sustituyen y en otros muchos cubren sus ausencias o retiradas. Así, los sujetos serán los órganos unitarios (con sus requisitos de mayoría para la formación de su voluntad) o los sindicales (secciones sindicales que representen a la mayoría de los miembros de los órganos unitarios) y la eficacia será, además de normativa, general, a todo el personal incluido en su ámbito de actuación⁽⁹⁰⁾. Este tipo de acuerdo de empresa sólo tiene sentido, a fin de cuentas, si, al igual que el convenio colectivo, está capacitado para imponerse a los contratos de trabajo, esto es, si está dotado de las cualidades de obligatoriedad e inderogabilidad propias del convenio colectivo estatutario⁽⁹¹⁾.

2. Fines

El acuerdo subsidiario de empresa actúa orientado por una cuádruple finalidad:

En primer lugar, objetivo primario de esta «deslegalización» es, de nuevo, la obtención de flexibilidad⁽⁹²⁾, como bien muestra el hecho de que las materias afectadas sean precisamente aquellas ya previstas en la propia ley de manera flexible, como, por ejemplo, la jornada laboral o la clasificación profesional⁽⁹³⁾.

En segundo término, actúa como mecanismo de integración legal, objetivo que se viene a anteponer al anterior de flexibilidad, pues para que el acuerdo cumpla la función de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias de cada empresa concreta cuál es su función esencial, su «regulación no debería perder vigencia cuando el convenio estableciese una regulación sobre la materia o entrara en vigor»⁽⁹⁴⁾; en cambio, la expresión legal «en defecto de convenio» viene a indicar la provisionalidad del acuerdo, quedando «en manos de los negociadores del convenio posterior... la vigencia del acuerdo de empresa que suplió el silencio del convenio al que sustituye el siguiente negociado»⁽⁹⁵⁾.

En tercer lugar, constituye un instrumento preventivo de la potencial individualización de las condiciones laborales que pudiera derivar del proceso de flexibilización⁽⁹⁶⁾, máxime

(89) STS 24 de mayo de 2004 y SSTSJ Castilla y León/Valladolid 17 de septiembre de 1996 y País Vasco 15 de diciembre de 1998.

(90) PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 19.ª edición, Madrid, 2011, p. 210.

(91) GARCÍA MURCIA, J.: «Los acuerdos de empresa: marco general», *cit.*, p. 638.

(92) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El impacto de la reforma en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y los acuerdos de empresa», *cit.*, p. 259.

(93) ELORZA GUERRERO, F.: «Acuerdos colectivos de empresa y jornada: el artículo 34 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo» y PURCALLA BONILLA, M.A.: «El acuerdo de empresa como instrumento de ordenación del tiempo de trabajo», ambos en AA.VV.: *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa*, Sevilla, 1996, pp. 244 y ss. y 307 y ss., respectivamente.

(94) MURCIA CLAVERÍA, A.: «La función de los acuerdos de empresa subsidiarios», *cit.*, p. 30.

(95) ALBIOL MONTESINOS, I.: «Los acuerdos de empresa», *cit.*, p. 84.

(96) DUEÑAS HERRERO, L.J.: «La estructura salarial en el Acuerdo de Cobertura de Vacíos», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F., dir.): *La reforma pactada de la legislación laboral y de seguridad social*, Madrid, 1997, p. 368.

cuando estos acuerdos no pueden ser modificados unilateralmente por la empresa⁽⁹⁷⁾. Se trata, en definitiva, de llevar a sus últimas consecuencias la construcción del derecho a la negociación colectiva como elevación «al plano colectivo» del «principio de libertad contractual, que no puede ejercerse con plenitud en el plano individual»⁽⁹⁸⁾; ahora bien, será importante no olvidar nunca cómo en esta misión de freno al contrato, el instrumento analizado operará a menudo en beneficio del empresario, más en concreto, permitirá a éste alcanzar sus pretensiones de flexibilidad aun en ausencia de convenio⁽⁹⁹⁾.

Por tal razón, quienes negocien el convenio habrán de tener el máximo cuidado a la hora de determinar las materias sobre las cuales versará la negociación, a riesgo de abandonar éstas en manos del empresario y de los representantes de los trabajadores a través de un acuerdo posterior de empresa⁽¹⁰⁰⁾, pues la vía abierta por el legislador puede llevar al empleador a guardar conscientemente silencio para determinadas materias al negociar el convenio (especialmente si éste es de carácter sectorial), para así poder alcanzar posteriormente acuerdos concretos más acordes con sus intereses⁽¹⁰¹⁾, apoyado por una negociación en el nivel de la empresa donde la relación de fuerzas, desequilibrada en perjuicio de los trabajadores, opera —o puede hacerlo al menos en potencia— en su favor.

Por último —y como colofón—, el acuerdo de empresa está llamado a actuar en la hipótesis de ausencia de convenio colectivo, primer instrumento invocado por el legislador para la regulación de las condiciones de trabajo.

3. Relaciones convenio-acuerdo

A la hora de analizar las relaciones entre un convenio colectivo (estatutario o extraestatutario) y un acuerdo de empresa subsidiario, procede dar respuesta a varias cuestiones de la máxima importancia:

1. Abre la polémica la necesidad de dilucidar sobre si la entrada en juego del acuerdo se prevé únicamente ante la inexistencia de convenio colectivo o si, por el contrario, está llamado a operar también cuando, existiendo aquél, no regulara una determinada materia que el legislador le ha encomendado (y, en su defecto, al acuerdo de empresa).

La interpretación más adecuada, a la luz del tenor literal de la ley, parece pasar por la posibilidad de conclusión del acuerdo en ambos casos, pues en los dos tiene lugar la temida «anomia» convencional⁽¹⁰²⁾: tanto en una hipótesis como en la otra el acuerdo da

(97) STS 24 de octubre de 2007 (RJ 699).

(98) SUPLOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, cit., pp. 171-172.

(99) SÁEZ LARA, C.: «Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico», cit., p. 59.

(100) PRADAS MONTILLA, R.: «Negociación colectiva en la nueva Ley de Reforma del Estatuto de los Trabajadores», *DL*, núm. 43, 1994, p. 21.

(101) BAYLOS GRAU, A.: «Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.ªE., coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994, pp. 339-340.

(102) ALFONSO MELLADO, C.L.; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «Pactos o acuerdos de empresa: naturaleza y régimen jurídico», *RL*, 1995, T. I, p. 1390 o ALBIOL MONTESINOS, I.: «Los acuerdos de empresa», cit., pp. 81-82.

cumplimiento a los objetivos anteriormente señalados de integración legal y prevención de posibles tendencias individualizadoras y, lo que es quizás más importante, la relación prevista entre los dos instrumentos pactados (convenio y acuerdo) se ciñe a una exclusión de carácter material, únicamente aplicable, en principio, a los aspectos objetivos concretos en los que la ley ha previsto la regulación por convenio, y, en su defecto, mediante acuerdo, de tal forma que la simple falta de respuesta a través del primero habilita la intervención del segundo⁽¹⁰³⁾.

2. La regulación de la materia a través de un convenio extraestatutario no es óbice tampoco para la articulación de ésta a través de un acuerdo de empresa, por cuanto la conclusión de acuerdos colectivos de eficacia general no puede encontrar obstáculos en la existencia de otros de eficacia limitada⁽¹⁰⁴⁾.

3. Ante la posibilidad de que la materia no haya sido regulada por deseo expreso de los negociadores, dando lugar a un «falso vacío normativo» nacido del juego de prestaciones/contraprestaciones de la negociación, será preciso establecer cuándo cabe entender regulada la materia pese al silencio, a fin de impedir que la labor de integración derive en injerencia quebrantadora del equilibrio contractual alcanzado en un nivel superior⁽¹⁰⁵⁾.

4. El deseo del legislador es patente en cuanto se refiere a garantizar la cobertura de posibles lagunas, razón por la cual efectúa una remisión primera al convenio y prevé después el acuerdo como instrumento subsidiario —fórmula transitoria de cobertura de vacíos⁽¹⁰⁶⁾— frente a posibles dificultades del primero para llenar por completo el contenido⁽¹⁰⁷⁾.

Ahora bien, de las ocho remisiones legislativas (sistema de clasificación profesional por categorías o grupos —artículo 22.1 ET—, régimen de ascensos en la empresa —artículo 24 ET—, modelo de recibo de salarios —artículo 29.1 ET—, determinación del mes en que el trabajador tiene derecho a percibir la segunda gratificación extraordinaria anual además de la que procede con ocasión de las fiestas de Navidad —artículo 31—, distribución irregular de la jornada a lo largo del año —artículo 34.2 ET—⁽¹⁰⁸⁾, distribución del horario de trabajo diario, rebasando el límite de las nueve horas diarias —artículo 34.3 ET—, determinación de los períodos temporales para el disfrute de las vacaciones —artículo 38 ET— y acomodación de la representación unitaria de los trabajadores a las alteraciones de la plantilla —artículo 67.1 *in fine* ET—⁽¹⁰⁹⁾), sólo las relativas al recibo de salarios, a la

(103) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ªF.: «El papel del convenio colectivo como fuente del derecho tras la reforma de la legislación laboral (I)», *cit.*, p. 96.

(104) ALBIOL MONTESINOS, I.: «Los acuerdos de empresa», *cit.*, p. 81.

(105) VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva», *cit.*, pp. 222-223.

(106) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ªF.: «El papel del convenio colectivo como fuente del derecho tras la reforma de la legislación laboral (I)», *AL*, núm. 7, 1995, p. 94.

(107) GARCÍA MURCIA, J.: «Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa», *cit.*, pp. 44-45.

(108) Siendo ilícito el pacto por el que se impone la obligación a los trabajadores que no ratifiquen dicho acuerdo de recuperar las horas correspondientes a la jornada del año que se distribuye irregularmente en años posteriores. STSJ La Rioja 2 de noviembre de 2010 (*JUR* 22181).

(109) STSJ Cataluña 2 de mayo de 2011 (*AS* 1769).

distribución irregular de la jornada y al límite de nueve horas ordinarias de trabajo efectivo diario disponen de regulación legal supletoria para el supuesto de falta de convenio y de acuerdo de empresa, de tal forma que no surgirán problemas de vacío de regulación.

En cambio, las otras cinco materias aparecen verdaderamente deslegalizadas y la ausencia de convenio y acuerdo (situación no infrecuente en la práctica pues, desde el punto de vista constitucional, no cabe afirmar que la ley obliga a negociar respecto a determinadas cuestiones), da lugar a un vacío cuya cobertura quedará al pacto individual o, en su caso, a los usos de empresa incorporados «en el sinalagma de la relación laboral, adquiriendo las características de permanencia y estabilidad propia de la condición más beneficiosa»⁽¹¹⁰⁾, sin perjuicio de su dimensión «colectiva»⁽¹¹¹⁾.

5. El legislador es extremadamente parco en lo que a sujetos negociadores del acuerdo hace: el empresario y los representantes de los trabajadores, surgiendo la duda de si se incluye a los representantes sindicales. Cabe entender que no sería exigible, siquiera, que las representaciones sindicales tengan «determinada implantación en las representaciones unitarias» para negociar este tipo de acuerdos de empresa, pues de haberlo querido el legislador lo habría señalado, «como lo ha hecho en los pactos de reorganización productiva». Además, «defender el carácter amplio de los sujetos sindicales legitimados para negociar acuerdos de empresa, puede favorecer la misma adopción de los acuerdos, sobre todo en empresas de estructura compleja en las que el acuerdo, si adoptado por las representaciones unitarias, requeriría el voto favorable de todas y cada una de ellas». La adopción del acuerdo por parte de los representantes sindicales no impide, además, su eficacia general si cumplen los requisitos de legitimación, pues caso contrario «se estaría violando lo dispuesto en el artículo 5 del Convenio 135 de la OIT, que impide primar a los representantes electos frente a los sindicales en las actuaciones que les son propias»⁽¹¹²⁾.

6. En algunas ocasiones el ET hace mención, con carácter general, a la «negociación colectiva» como fuente de regulación de determinadas materias, lo cual implica lógicamente un reconocimiento por parte del legislador de la posibilidad de que tales cuestiones puedan regularse también mediante un acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores⁽¹¹³⁾, a saber: a) compromisos de conversión de contratos formativos en contratos por tiempo indefinido y fijación de criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante estos mismos contratos formativos (artículo 11.3 ET); b) medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo [artículo 12.7.e) ET]; c) estructura del salario (artículo 26.3 ET); d) retribución específica del trabajo nocturno (artículo 36.2 ET); e) establecimiento de períodos distintos a los legalmente previstos para reclamar la cobertura de vacantes en los supuestos de movilidad funcional (artículo 39.4.2 ET); f) ampliación del período legal

(110) STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 20 de octubre de 1992 (Ar. 4804).

(111) BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: «Usos de empresa y pactos colectivos informales mejorativos de condiciones de trabajo. A vueltas sobre la eficacia jurídica de los mismos», *RL*, núm. 14, 1999, p. 15.

(112) ALBIOL MONTESINOS, I.: «Los acuerdos de empresa», *cit.*, pp. 84-86.

(113) STSJ País Vasco 15 de febrero de 2005, que reconoce la legalidad del pacto de empresa que mejora la retribución de los trabajadores, atendiendo a lo previsto en el artículo 26.3 que contempla la posibilidad de que la «negociación colectiva» pueda determinar la estructura del salario.

de excedencia para el cuidado de familiares (artículo 46.3.2 ET); g) procedimientos de información y seguimiento de los despidos objetivos (artículo 85.2.1 ET); h) articulación del deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores (artículo 85.2.2 ET)⁽¹¹⁴⁾.

Esta interpretación extensiva de la utilización del acuerdo de empresa no cabe, sin embargo, cuando la remisión que hace el legislador lo es al «convenio colectivo»⁽¹¹⁵⁾.

4. Especial referencia a la violencia de género y a la conciliación de la vida laboral y familiar

Varios supuestos confluyen bajo este enunciado:

1. El ejercicio del derecho a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa en los supuestos de violencia de género, se llevará a cabo en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada (artículo 37.7 ET)⁽¹¹⁶⁾.

Resulta interesante resaltar que, aunque sea en términos genéricos, gracias a la expresión «otras formas de ordenación del tiempo de trabajo», este precepto, y como fórmulas de flexibilización del horario, está abriendo la puerta a situaciones tales como el «trabajo a tarea», el «teletrabajo» (versión actual del trabajo a domicilio) o, incluso, a fórmulas mixtas que combinen, gracias a los enormes avances que en esta línea permiten las nuevas tecnologías, la prestación laboral de servicios realizada de «forma presencial» con actividades de tipo «no presencial»⁽¹¹⁷⁾.

Para el ejercicio de los derechos de reordenación del tiempo de trabajo se establecen, además, dos alternativas, una acordada con la empresa y otra legal a falta de acuerdo⁽¹¹⁸⁾: De conformidad con la primera posibilidad, tales derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos, acuerdos colectivos o en los acuerdos entre la empresa y la trabajadora afectada, de modo que el acuerdo individual sólo debe admitirse si no hay convenio o pacto colectivo o si, habiéndolo, se limita a mejorar su contenido, no a acordar empeorando. Es particularmente significativo este llamamiento a los convenios colectivos o acuerdos de empresa para regular el

(114) ELORZA GUERRERO, F.: «Acuerdos de empresa subsidiarios, modificativos, de reorganización productiva e informales», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F., dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*, Madrid, 2007, p. 645.

(115) STS 20 de noviembre de 2003.

(116) SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L.: «Incidencia en el ámbito laboral de la violencia de género», en VV.AA. (De Hoyos Sancho, M., dir.): *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 785 y ss.

(117) SELMA PENALVA, A.: «Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales», *AL*, núm. 9, 2011, p. 1044.

(118) LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja», *AL*, núm. 7, 2005, p. 750.

derecho aquí analizado, pues, de esta forma, se obliga a incluir en la negociación colectiva propuestas —hasta ahora ciertamente escasas— para erradicar o paliar los efectos de la violencia de género⁽¹¹⁹⁾. No hubiera sido desaconsejable, sin embargo, incluir en la ley unos términos mínimos de ejercicio del derecho introducido en el artículo 37.7 ET, sin perjuicio de su tratamiento por los convenios colectivos o los acuerdos que se alcancen en esta materia⁽¹²⁰⁾. En todo caso, a falta de pacto —y como segunda posibilidad—, la concreción de estos derechos corresponderá a la propia trabajadora, que será quien decida en qué proporción y con qué régimen horario va a reducir su jornada laboral o las adaptaciones que considere necesarias para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, con el límite lógico de su jornada ordinaria.

Con todo, la remisión que se efectúa al procedimiento previsto en el artículo 139 LRJS para resolver las discrepancias entre la víctima de violencia de género y el empresario implica que éste pueda negarse a aceptar la solicitud efectuada con la demora que ello conlleva en cuanto a la efectividad de los derechos protegidos. La solución acogida por la LRJS y anteriormente por la LPL —la posición de demandante corresponde a la trabajadora, vetando el ejercicio incontestado del derecho— no parece la más adecuada cuando lo que está en juego es la protección de intereses tan fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física de la mujer, que pueden requerir la adopción de medidas de carácter urgente⁽¹²¹⁾, por mucho que, como novedad, se permita la acumulación de una indemnización de daños y perjuicios. «Probablemente, dada la situación en que se encuentra la trabajadora víctima de violencia de género, la necesidad de garantizar su protección integral y la asistencia social que precise y, sobre todo, evitar situaciones de riesgo, hubiera sido necesario declarar expresamente la inmediata ejecutividad de la decisión sin perjuicio de la posterior resolución judicial de las discrepancias entre ésta y el empresario»⁽¹²²⁾. En caso contrario, «la intervención de la empresa resulta, sin duda, excesiva»⁽¹²³⁾.

2. Se da entrada indirecta, sin embargo, a los acuerdos de empresa para la adaptación de la duración de la jornada y su distribución por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar. Así, la LOIEMH brinda la posibilidad de optar no sólo por la reducción del tiempo de trabajo sino también por la adaptación y distribución de la jornada laboral, con el fin de conseguir un equilibrio adecuado entre la vida profesional y la vida familiar, en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegue con el empresario respetando en su caso lo previsto en aquella (nuevo artículo 34.8 ET).

No obstante —y en una primera aproximación—, la formulación legal de este precepto es sumamente imprecisa y su literalidad parece llevar a que el abstracto derecho a la

(119) BLASCO JOVER, C.: «La protección de la trabajadora víctima de maltrato en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género», *RL*, núm. 21, 2005, p. 105.

(120) FERRADANS CARAMES, C.: «Medidas laborales de la Ley de protección contra la violencia de género y negociación colectiva», *Revista de Derecho Social*, núm. 32, 2005, p. 111.

(121) MARTÍN PUEBLA, E.: «Medidas laborales de protección contra la violencia de género», *TS*, núm. 179, 2005, p. 24.

(122) DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género», *RL*, núm. 6, 2005, p. 96.

(123) SERRANO ARGÜESO, M.: «Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas», *AS*, núm. 20, 2005, p. 79.

adaptación de la jornada esté supeditado a su concreción o precisión por vía convencional o contractual⁽¹²⁴⁾, no sin generar disparidad de criterios judiciales en torno al alcance del derecho y, por ende, una elevada y preocupante dosis de inseguridad jurídica para los litigantes, de la que dan buena muestra dos recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional: uno, en el que no se aprecia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ni del derecho a la no discriminación por razón de sexo ante la solicitud de una trabajadora de su adscripción a un turno fijo de mañana en lugar del régimen de turnos rotatorios al que venían sujetos todos los trabajadores de su categoría en la empresa⁽¹²⁵⁾; otro, en el que se concedió el amparo solicitado por apreciar en las resoluciones judiciales recurridas una vulneración del derecho fundamental a la no discriminación «por circunstancias familiares» ante la petición de un trabajador varón del cambio de turno rotatorio de mañana, tarde y noche a un turno fijo nocturno⁽¹²⁶⁾. Sin duda, la previsión del apartado primero de la cláusula sexta de la Directiva 2010/18, en virtud del cual se insta a los Estados miembros y a los interlocutores sociales a adoptar medidas para velar «por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo» facilita una interpretación *pro operario* del artículo 38.4 ET, debiendo admitir la intervención a estos efectos no sólo del convenio colectivo y del acuerdo individual sino también de los acuerdos de empresa⁽¹²⁷⁾.

3. Este mismo argumento debería servir para permitir al acuerdo de empresa arbitrar la posibilidad de acumulación en jornadas completas del permiso por lactancia de un hijo menor de nueve meses, que se desarrollará, según el tenor literal vigente, en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella (artículo 37.4 bis ET)⁽¹²⁸⁾. Sin embargo, una redacción distinta se utiliza para la acumulación en jornadas completas de la reducción de jornada por cuidado de hijos con cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) u otra enfermedad grave (artículo 37.5.3 ET), lo cual únicamente se podrá establecer por convenio colectivo⁽¹²⁹⁾.

IX. LOS PACTOS DE «REORGANIZACIÓN PRODUCTIVA»

La flexibilidad y adaptabilidad de las normas a la concreta situación de la empresa, convertida en uno de los principios inspiradores de las últimas reformas, adquiere su máxima

(124) SSTSJ Castilla-La Mancha 3 de diciembre de 2009, Asturias 18 de diciembre de 2009 y Madrid 2 de marzo de 2010.

(125) STCo 24/2011, de 14 de marzo.

(126) STCo 26/2011, de 14 de marzo.

(127) RIVAS VALLEJO, P.: «Conciliación de la vida privada y profesional: consecuencias y metas en el Derecho Comunitario y en el Derecho español», en AA.VV. (Borrajo Dacruz, E., dir.): *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 2010, p. 266.

(128) FERNÁNDEZ PRIETO, M.: «Reducción de jornada y posibilidad de acumular el tiempo de reducción. Dos supuestos concretos: reducción como medida de reestructuración de plantilla —jubilación parcial anticipada— y reducción por motivos familiares —lactancia y guarda legal o cuidado directo—», *AS*, núm. 16, 2007, p. 79.

(129) PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: «Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2011 (BIB 2011/258), p. 7.

expresión en la previsión de diversos acuerdos a adoptar en el ámbito empresarial, unificados bajo la genérica categoría de «pactos de reorganización productiva», también denominados «acuerdos de empleo»⁽¹³⁰⁾.

De hecho, constituyen un claro ejemplo del profundo interés del legislador en proporcionar respuesta adecuada a las exigencias de índole económica y organizativa de la empresa⁽¹³¹⁾. Y precisamente para dar cumplimiento a dicha tarea de adaptar en este ámbito ciertos aspectos de la regulación, ha sido habitual la llamada por parte del convenio al acuerdo de empresa⁽¹³²⁾, cauce idóneo para la consecución del objetivo implícito de facilitar al personal de la entidad empresarial la participación en su gestión y dirección. La impronta de tal finalidad resulta evidente, así, en los acuerdos de reorganización productiva, como instrumentos para la cooperación con el empresario en la adopción de decisiones sobre condiciones de trabajo, asignación de recursos humanos y determinación del volumen de plantilla.

1. Supuestos

Con la dificultad descrita y con fundamento en condiciones económicas, técnicas, organizativas o de producción, el legislador prevé cuatro tipos de acuerdos que actúan sobre materias muy distintas: pactos novatorios de los artículos 40 (traslados) y 41 (modificaciones sustanciales), suspensivos del artículo 47, extintivos del artículo 51 o de reducción de jornada del artículo 47.2 ET.

Sin embargo, tal heterogeneidad sustantiva pierde importancia frente a la guía común presente en su intención de operar con ocasión de la decisión empresarial de adoptar una medida atinente a la organización o la planificación del trabajo o la producción, con incidencia, por tanto, en el personal de la empresa⁽¹³³⁾. Todos ellos nacen de una propuesta empresarial que precisa de la apertura de un período de consulta para la adopción de acuerdos en tales materias.

Constituyen, así, acuerdos esencialmente «causales», rasgo este con una doble y fundamental incidencia, por cuanto, de un lado, la concurrencia de la causa habilitante será requisito imprescindible para poner en marcha el procedimiento de acuerdo; de otro, «porque el *iter* procedimental legalmente previsto para la consecución del eventual acuerdo, debe estar referido tanto a la existencia de las causas motivadoras correspondientes como a la posibilidad de evitar o reducir sus efectos»⁽¹³⁴⁾.

(130) GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, cit., p. 78.

(131) DEL REY GUANTER, S.: *La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994*, Valencia, 1995, pp. 37 y 85.

(132) CASAS BAAMONDE, M^a.E.: «Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de interés (I)», *RL*, núm. 4, 1995, pp. 1 y ss.

(133) Bien en lo que hace a su destino desde un punto de vista geográfico; bien en cuanto modificación del sistema de trabajo o, bien, en fin, porque lleva consigo la suspensión (reducción de jornada) o extinción de su contrato de trabajo. GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, cit., p. 78.

(134) ALBIOL MONTESINOS, I.: «Los acuerdos de empresa», en AA.VV.: *Estructura de la negociación colectiva. VIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, 1995, p. 60.

2. Especialidades procedimentales

Ambos extremos aparecen palmariamente claros a la luz de las previsiones legales sobre el procedimiento a seguir en las consultas, donde hay algunos trámites comunes y otros más específicos según el supuesto del que se trate⁽¹³⁵⁾:

1. Reconocimiento expreso en los artículos 40.2, 41.4 y 51.2 ET de la obligación de negociar.

2. Falta de previsión legal en cuanto a la formalización de la iniciativa negocial en los casos de traslados (sin perjuicio de la mención hecha por el artículo 40.2 ET a la notificación de la apertura de las consultas a la autoridad laboral «para su conocimiento») y modificaciones sustanciales, no así cuando de suspensiones, reducciones de jornada o extinciones se trata, para los cuales el artículo 51.2 ET exige la comunicación de «la apertura del período de consultas... mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores», haciendo entrega de una copia a la autoridad laboral «junto con la solicitud».

3. Obligación, en todas las hipótesis, de «negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo».

4. Previsión en el artículo 51.2 ET del deber empresarial de aportar, junto a la comunicación de la apertura de la negociación, «toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar, en los términos que reglamentariamente se determinen» (en referencia al Real Decreto 801/2011), a lo que añade el artículo 51.4 ET —para empresas con 50 trabajadores o más— la necesidad de incorporar también un «plan de acompañamiento social»⁽¹³⁶⁾.

En efecto, el artículo 51 ET establece un requisito especial para los despidos colectivos que afectan a las empresas de gran tamaño, en cuanto aquéllas con cincuenta o más trabajadores habrán de elaborar un plan social, cuyos objetivos sustanciales pueden ser reconducidos a los dos siguientes: de una parte, contemplar los instrumentos adoptados o previstos a fin de evitar o reducir los efectos del despido, esto es, las «medidas encaminadas a que las extinciones o suspensiones contractuales afecten al menor número de trabajadores de la empresa»⁽¹³⁷⁾. De otra, atenuar las consecuencias para los afectados, pudiendo citar —a título meramente ejemplificativo, pues caben otras muchas— las dirigidas especialmente a la readaptación o a la reconversión de los trabajadores y su posible integración en otras funciones en el seno de la empresa o el grupo; las destinadas a favorecer el mantenimiento de los puestos de carácter indefinido; la redistribución de la jornada laboral entre cuantos conserven su empleo; en fin, y como cláusula de cierre que deja abierta toda opción, cualesquiera otras de análoga naturaleza⁽¹³⁸⁾, entre las cuales cabría ubicar el recurso a las

(135) Siguiendo en la exposición a SALA FRANCO, T.; ALFONSO MELLADO, C.L. y PEDRAJAS MORENO, A.: *Los acuerdos o pactos de empresa*, cit., pp. 54-55.

(136) STS 27 julio 2010.

(137) MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 243.

(138) Por extenso, SERRANO GARCÍA, J.M.: *El plan social en los despidos colectivos*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 23 y ss.

empresas de recolocación, máxime cuando el nuevo artículo 51.4 ET procede a orientar el proceso de consultas con los representantes de los trabajadores a fijar «medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas...»⁽¹³⁹⁾.

Intentando conseguir que el plan social sea algo distinto de una mera cuestión económica y teniendo en cuenta que queda fuera de su ámbito tutelar la destrucción de empleo en las pequeñas y medianas entidades productivas, mayoritarias en nuestro entramado empresarial⁽¹⁴⁰⁾, la Ley 35/2010 añade la referencia adicional a los «programas de recolocación» como vía adecuada para establecer el recurso a empresas de *outplacement*. Este instrumento, aun cuando carece de cobertura en otros pasajes de nuestro ordenamiento jurídico, surgiendo dudas en lo relativo a sus aspectos formales, sujetos legitimados, supuestos de admisibilidad y obligatoriedad, efectos, alcance..., puede definirse como cualquier proyecto, unilateralmente adoptado por el empresario o convenido con los trabajadores o sus representantes, que prevea un conjunto ordenado de acciones destinadas a asesorar, formar u orientar profesionalmente a trabajadores excedentes de procesos de reestructuración con vistas a asegurar su reentrada en el mercado de trabajo. La amplia dicción utilizada por el legislador autoriza a entender que estos programas de recolocación pueden formar parte, como capítulo propio, de los planes sociales, pero también «pueden haberse establecido o acordado» al margen de ellos, lo cual sucederá, al menos, en estos dos supuestos: cuando la empresa que se reestructura no esté obligada a presentar un plan social en el marco de un expediente de regulación de empleo (artículo 51.4.2 ET) o cuando la reestructuración se canalice a través de la figura del despido objetivo [artículo 52.c) ET]⁽¹⁴¹⁾, pudiendo entender comprendidas también las extinciones contractuales que sean consecuencia de una decisión judicial de cese de la empresa (artículo 51.10 ET), de la venta judicial de la organización productiva (artículo 51.11 ET), de la extinción de la personalidad jurídica del empresario [artículo 49.1.g) ET] o de un supuesto de fuerza mayor (artículo 51.12 ET)⁽¹⁴²⁾.

En los supuestos de suspensión o reducción de jornada, la documentación a presentar será la estrictamente necesaria [artículo 47.1.b) ET].

5. Gran variedad de contenidos de la negociación según cuál sea la materia y el precepto afectados:

- a) si se trata de un traslado o modificación sustancial —artículos 40.2 y 41.4 ET—, «las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados»;
- b) si fuera una suspensión, reducción de jornada o extinción —artículo 51.4 ET—, «las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus

(139) MOLINA NAVARRETE, C.: «Un nuevo acto del gran teatro de la reforma laboral 2010: una reforma para reformar o la galería de los disparates», *RTSS (CEF)*, núm. 331, 2010, p. 72.

(140) FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, F.: «Inicio del procedimiento», en AA.VV. (Fernández Domínguez, J.J., coord.): *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid, 2009, p. 140.

(141) VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La reforma de la intermediación laboral», *RL*, núms. 21-22, 2010, p. 144.

(142) SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Granada, 2006, p. 246.

efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial».

Así pues —y como nota común—, aun cuando la finalidad más inmediata de este tipo de acuerdos será la ratificación o el rechazo de la correspondiente propuesta o iniciativa empresarial, nada impide que incorporen algunas reglas sobre las condiciones de trabajo o, en general, sobre los derechos y obligaciones de los trabajadores afectados, una vez resuelto el conflicto⁽¹⁴³⁾.

6. Diversidad palmaria en cuanto a la duración mínima de las consultas:

- a) no superior a 15 días para los traslados y modificaciones;
- b) no superior a 15 días para extinciones que afecten a menos de 50 trabajadores o 30 para extinciones que afecten a más de 50 trabajadores;
- c) estos últimos plazos se reducen a la mitad cuando de suspensiones —artículo 47.1 ET— o de reducciones de jornada se trata —artículo 47.2 ET—, aplicándose, no obstante, el procedimiento con independencia del número de trabajadores de la empresa y del número de trabajadores afectados.

En todo caso, estos plazos se establecen en el ET, sin embargo, sin fijar el número de reuniones celebradas, pudiendo ser admisible una sola⁽¹⁴⁴⁾. No obstante, el artículo 11 Real Decreto 801/2011 exige la fijación de un calendario de sesiones, utilizando el plural.

7. Necesidad de voto favorable de la mayoría de los miembros del comité/s de empresa, delegados de personal o «representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos» para adoptar los acuerdos (artículo 51.4 ET). No obstante, el artículo 11 Real Decreto 801/2011 se aparta de este criterio y exige la adopción de los acuerdos por mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen la mayoría de los trabajadores del centro o centros afectados por el expediente⁽¹⁴⁵⁾.

Ahora bien, en las empresas en las que no exista representación legal de los trabajadores, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a ella.

(143) GARCÍA MURCIA, J.: «Los acuerdos de empresa: marco general», *cit.*, p. 625.

(144) STSJ La Rioja 28 de enero de 2010.

(145) DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Procedimientos de regulación de empleo: adaptaciones, ajustes e intervención de la Administración (Comentario al RD 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos)», *RL*, núm. 18, 2011, p. 94.

En este caso, los acuerdos de la comisión requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros.

El Real Decreto 801/2011 incorpora, en este contexto, una precisión no prevista en el ET conforme a la cual en caso de que los trabajadores opten por elegir una comisión integrada por empleados de la empresa, «los representantes legales de los trabajadores de un centro de trabajo de la misma empresa podrán asumir a estos efectos y mediante el mismo sistema de designación la representación de los trabajadores que carezca de representación legal»⁽¹⁴⁶⁾.

8. De conformidad con lo previsto en el Real Decreto Ley 7/2011, la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal (artículos 40.2, 41.4 y 51.2 ET), lo cual no se compadece demasiado bien, pese al mayor tecnicismo negociador que pueda atribuirse a éstas, con el bajo índice de afiliación sindical dentro del mundo del trabajo y, sobre todo, con la aspiración de acercamiento de la negociación colectiva a las características y exigencias de cada empresa en particular, lo que, parece, debiera incrementar el protagonismo negociador de la representación unitaria —delegados de personal y comités de empresa—, por más que no se deje de reconocer la cercanía de las secciones sindicales que han de contar con la mayoría de los representantes unitarios para hallarse legitimadas como negociadoras pero que, inevitablemente, se encontrarán influenciadas por las directrices del sindicato respectivo y, por ende, pueden llegar a mostrarse menos propicias a comprender las específicas circunstancias de la empresa a la que pertenecen y en la que operan y, consecuentemente, a aportar un menor empeño en la adecuada solución de una problemática socio-económica que resulta, en definitiva, común a empresarios y trabajadores⁽¹⁴⁷⁾.

9. Comunicación por el empresario a la autoridad laboral, a la finalización del período de consultas, del resultado de éste, así como del contenido definitivo de las medidas o, si lo hubiere, del plan social, prevista en el 51.4 ET para suspensiones, reducciones y extinciones (y necesaria, habida cuenta la posible intervención administrativa para autorizar o denegar las suspensiones o extinciones), pero no para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y traslados.

Ello es lógico, pues en el ámbito de las modificaciones, la decisión continúa retenida en el poder de dirección empresarial, mientras en el marco de la suspensión y la extinción colectiva, la decisión empresarial tiene que estar precedida de una autorización administrativa⁽¹⁴⁸⁾.

10. El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbi-

(146) DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Procedimientos de regulación de empleo: adaptaciones, ajustes e intervención de la Administración (Comentario al RD 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos)», *cit.*, p. 83.

(147) VARELA AUTRÁN, B.: «La reforma de la negociación colectiva», *cit.*, p. 2.

(148) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Fuentes y autoridad competente», en AA.VV. (Fernández Domínguez, J.J., dir.): *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid, 2009, pp. 94 y ss.

traje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período (artículos 51.4, 40.2 y 41.4 ET).

3. Situaciones concursales

Si los despidos, suspensiones o modificaciones tuvieran lugar en el marco de un procedimiento concursal, el artículo 64 LC, modificada por Ley 38/2011, de 10 de octubre, establece un proceso único, tramitado ante el Juez del concurso, para todos estos supuestos, cuyas especialidades son las siguientes:

1. La administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, podrán solicitar del Juez la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado. En el caso de no existir representación legal de los trabajadores, éstos podrán atribuir su representación del procedimiento a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET. Transcurrido el plazo de cinco días previsto para el ejercicio de este derecho sin que los trabajadores hayan designado representantes, el Juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca.

2. La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación.

La administración concursal podrá solicitar la colaboración del concursado o el auxilio del juzgado que estime necesario para su comprobación.

3. Recibida la solicitud de concurso, el Juez de lo mercantil convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, cuya duración no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de 50 trabajadores.

En caso de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor, el juez podrá autorizar la participación del concursado en el período de consultas.

Los representantes de los trabajadores o la administración concursal podrán solicitar al juez la participación en el período de consultas de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada. A estos efectos, podrán interesar auxilio del juzgado que se estime necesario para su comprobación. Igualmente, para el caso de unidad empresarial, y a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, se podrá reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas.

A partir de este momento, y hasta la resolución, ninguna labor desarrolla el órgano judicial, ni de instrucción paralela, ni de mediación en caso de diferencias⁽¹⁴⁹⁾.

(149) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Expediente judicial de regulación de empleo en empresas en situación de conflicto (y II)», en AA.VV. (Fernández Domínguez, J.J., coord.): *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid, 2009, p. 320.

4. Si la medida afecta a empresas de más de 50 trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas deberá incluir copia de la solicitud a la que anteriormente se hizo referencia y de los documentos que, en su caso, se acompañen.

5. El juez, a instancia de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, podrá acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período.

6. Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo, el cual requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, de la comisión de trabajadores, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos.

El acuerdo suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores podrá ser acompañado a la solicitud, en cuyo caso no será necesaria la apertura de un período de consultas⁽¹⁵⁰⁾.

En el acuerdo se recogerá la identidad de los trabajadores afectados y se fijarán las indemnizaciones, que se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores.

Al finalizar el plazo señalado o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al Juez del concurso el resultado del período de consultas.

Recibida dicha comunicación, el secretario judicial recabará un informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de 15 días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión.

Dicho período de consultas, diseñado por la legislación concursal, se establece como solución preferente a la intervención judicial, y se trata, al igual que en la legislación laboral, de un auténtico proceso de negociación, pues el juez del concurso se limita a la mera convocatoria de las partes negociadoras, así como a constituirse en el sujeto receptor del resultado de las consultas, sin asumir ninguna posición activa dentro del proceso negociador.

El contenido del acuerdo y circunstancias para su aplicación admite la pluralidad lógica derivada de la variedad de medidas a implementar ya en su fórmula «pura» (suspensiones, por naturaleza temporales; modificaciones, temporales o definitivas; o extinciones, siem-

(150) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal», *JL*, núm. 15, 2003, pp. 11 y ss.

pre definitivas), ya «mixta» (combinando alguna de ellas, ora desde un plano objetivo, ora subjetivo)⁽¹⁵¹⁾. Lo que está claro es que en la negociación que se produce en sede concursal, el acuerdo sobre la medida colectiva no se adopta de una manera general o abstracta que, posteriormente, será concretada por el empresario que adopte la decisión o, en su caso, por la administración concursal, sino que ha de ser concebido como un acuerdo colectivo integral. Es decir, el pacto deberá recoger la medida laboral acordada de manera precisa, identificando los efectos concretos que supone para la plantilla de la empresa concursada: designación del número de trabajadores afectados, criterios de selección, identificación nominativa de los asalariados, compensaciones económicas que, en su caso, procedan para ellos, cuantificando bien la indemnización que corresponde o, al menos, los criterios esenciales para su cálculo⁽¹⁵²⁾. Dicha exigencia de contenido viene marcada por el propio modo de impugnación judicial (incidente concursal en materia laboral), con el único objeto de resolver las reclamaciones que se pudieran suscitar por los trabajadores o por el FOGASA contra el auto «en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual» (artículo 64.8 LC).

En fin, el acuerdo concursal con el que culmina la negociación, aun cuando *sui generis*, se ha de considerar no sólo como un producto de la negociación colectiva estatutaria, tanto por los sujetos a los que se atribuye legitimación para negociar como por el quórum requerido para la adopción del acuerdo, sino que vincula al Juez del concurso, salvo casos de patología jurídica, al verse obligado a aceptar el contenido del acuerdo que se plasmará en el auto dictado (artículo 64.7 LC)⁽¹⁵³⁾.

4. Contrapeso en las decisiones empresariales

La voluntad del legislador de atemperar la capacidad de decisión del empresario queda plasmada en los preceptos del ET anteriormente mencionados, pues aun cuando no haya sido alterado en esencia el esquema anterior (bajo el cual el acuerdo, de posible sustitución por una intervención administrativa, consistía en un trámite formal para la validez de la decisión), la nueva perspectiva convierte al que fuera simple requisito formal en epicentro para la toma de decisiones por el empresario, obligado a abrir el período de consultas con el propósito de, tras una negociación presidida por la buena fe⁽¹⁵⁴⁾, alcanzar efectivamente un acuerdo⁽¹⁵⁵⁾, facilitando la intervención de las secciones sindicales y de representantes

(151) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Expediente judicial de regulación de empleo en empresas en situación de conflicto (y II)», *cit.*, p. 324.

(152) CRUZ VILLALÓN, J.: «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales», *RL*, núms. 23-24, 2003, pp. 131 y ss.

(153) MOLERO MARAÑÓN, M.L.: «Régimen jurídico de los acuerdos concursales», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F., dir.): *Manual Jurídico de negociación colectiva*, Valencia, 2007, pp. 703 y ss.

(154) CABEZA PEREIRO, J.: *La buena fe en la negociación colectiva*, Santiago de Compostela, 1995, pp. 223 y ss.

Contrario a la buena fe es, por ejemplo, no acudir a las reuniones convocadas, lo que dará por cumplido el trámite, STSJ Galicia 28 de marzo de 1996 (*Ar.* 604).

(155) «Un acuerdo en el que se reflejen compromisos de las partes acerca de la reorganización propuesta por el empresario y de sus consecuencias para los trabajadores afectados», GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, *cit.*, p. 80.

ad hoc claramente sindicalizados; y ello aun cuando convenga «dejar sentado que, si bien el ET trata de favorecer la conclusión de los acuerdos, ello no garantiza que los acuerdos se consigan»⁽¹⁵⁶⁾.

Las consultas constituyen así ejemplos de una «procedimentalización del poder empresarial»⁽¹⁵⁷⁾ («procedimiento de adopción de decisiones y de contractualización del ejercicio del poder de organización del empresario»⁽¹⁵⁸⁾), cuya existencia da pie a dudas más que significativas acerca de la intervención de los representantes de los trabajadores, al punto de llevar a afirmar su carácter de fórmulas participativas y no estrictamente de negociación⁽¹⁵⁹⁾, sin perjuicio de la íntima relación entre ambas.

Evidentes resultan, por tanto, las notables diferencias entre estos acuerdos y los denominados «subsidiarios», en la medida en que los «pactos de reorganización productiva» aquí analizados no constituyen en sentido estricto fuente de regulación, sino «procedimiento de adopción de decisiones»⁽¹⁶⁰⁾. Este carácter peculiar provoca una gran dificultad a la hora de determinar su condición de convenio «impropio» o «estatutario», opción esta última a la que parecen conducir tanto el hecho de ser —cuando lo sea— instrumento de modificación de convenios de tal naturaleza, como su fuerza vinculante, incluso normativa y eficacia personal general, una vez cumplidos los requisitos de legitimación establecidos en el ET (o la extensión, mediante adhesión individual o colectiva de su eficacia limitada).

Aun cuando su función está más ligada a la toma de decisiones relativas a la gestión de la empresa y a la ubicación, adscripción funcional o volumen de sus recursos humanos, deteniéndose en la adopción de compromisos o reglas de procedimiento, sin entrar propiamente en las condiciones de empleo, no puede olvidarse que tales acuerdos también tienen trascendencia para los contratos de trabajo incluidos en su ámbito, afectando a su situación (en caso de suspensión), a su vigencia (en caso de extinción), a sus términos (cuando se modifican el lugar de trabajo, la jornada o las funciones asignadas). Por tal motivo, también resulta necesario que estén dotados de eficacia normativa y alcance general (aunque no tienen por qué afectar a todos los trabajadores de la empresa), para ir más allá del estricto ámbito de los sujetos firmantes⁽¹⁶¹⁾.

X. ACUERDOS DE PACIFICACIÓN DE SITUACIONES DE CONFLICTO

No es preciso insistir en las estrechas relaciones que presentan negociación y conflicto colectivo: aquella funciona como tratado de paz o acuerdo de tregua que cierra, siquiera temporalmente, éste. Esta idea es predicable en los momentos de negociación colectiva

(156) ALBIOL MONTESINOS, I.: «Los acuerdos de empresa», *cit.*, pp. 63-64.

(157) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ªF.: «El papel del convenio colectivo como fuente de derecho tras la reforma de la legislación laboral», *cit.*, p. 46.

(158) RIVERO LAMAS, J.: «Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de la negociación colectiva informal», *cit.*, p. 115.

(159) GARCÍA MURCIA, J.: «Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa», *cit.*, pp. 54-55.

(160) PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.J.: «Los pactos de reorganización productiva», en AA.VV.: *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, Madrid, 1989, p. 145.

(161) GARCÍA MURCIA, J.: «Los acuerdos de empresa: marco general», *cit.*, p. 638.

formal existentes dentro de cada una de las unidades de negociación del sistema de relaciones laborales y también, lógicamente, en aquellos acuerdos que permiten a los sujetos colectivos que actúan en un cierto ámbito conflictivo cerrar el conflicto mediante consenso.

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 85.1 ET, dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 de esta Ley; los laudos arbitrales que a estos efectos puedan dictarse tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos en el período de consultas, siendo susceptibles de impugnación en los mismos términos que los laudos dictados para la solución de las controversias derivadas de la aplicación de los convenios.

A la luz de este tenor, tendrán la condición de acuerdos de empresa aquellos que se logren en el seno de procedimientos ideados por el convenio para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consultas regulados en los artículos 40, 41, 47 y 51 ET. Ello no impide que, dentro del contenido mínimo del convenio colectivo, se deba incluir la expresión de «los términos y condiciones para que la comisión paritaria conozca y resuelva las discrepancias tras la finalización del período de consultas en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos, de acuerdo con lo establecido en los artículos 41.6 y 82.3, respectivamente» [artículo 85.3.h).3 ET].

Conforme prevén los artículos 41.6 y 82.3 ET, en caso de desacuerdo en los respectivos períodos de consultas referidos en relación con los descuelgues, cualquiera de las partes podrá someter sus discrepancias a la comisión paritaria del convenio, la cual dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Sólo cuando tampoco se llegue a un acuerdo en la comisión paritaria, se podrá acudir a los procedimientos de mediación y arbitraje que recogen esos preceptos y que también constituyen contenido mínimo del convenio⁽¹⁶²⁾.

Se trata, por tanto, de un procedimiento arbitral obligatorio ante la comisión paritaria. Es cierto que no es necesario que se abra en todo caso de consultas fallidas, pero no lo es menos que si una de las partes lo pide, la comisión intervendrá sin que la otra parte pueda rechazarlo. Por otro lado, aunque no se diga expresamente, en caso de existir acuerdo en la comisión paritaria —o en el cauce autónomo que se ponga en marcha por ella— el procedimiento termina con la solución que corresponda, estimatoria o no de la modificación, de modo que el acuerdo alcanzado en la comisión paritaria presenta el carácter dirimente propio del laudo arbitral⁽¹⁶³⁾.

Además, y a tenor del Decreto Ley 7/2011, como contenido mínimo del convenio colectivo, se deberá incluir también el desarrollo, por la comisión paritaria, de funciones

(162) MOLINA NAVARRETE, C.: «La decretada reforma de la negociación colectiva ¿el último botín de los mercaderes del templo?», *RTSS (CEF)*, núm. 340, 2011, p. 63.

(163) GOERLICH PESET, J.M.: «Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de ultraactividad», *cit.*, p. 116.

de adaptación o, en su caso, modificación del convenio durante su vigencia, lo cual podrá servir para prevenir conflictos. 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, siendo exigible la concurrencia de los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 ET para que los acuerdos de modificación posean eficacia general [artículo 85.3.h).2 ET].

Implica una novedad más normativa que práctica, pues ha sido muy frecuente en los últimos años que las comisiones paritarias asumieran una facultad de verdadera negociación futura y permanente, debiendo tener en cuenta, no obstante, cómo la comisión paritaria representa a las partes firmantes del convenio, pero puede suceder que alguna parte legitimada no suscriba el convenio. Se incorpora, así, al tenor legal la doctrina jurisprudencial mayoritaria recaída en la materia, pues han sido muchos los pronunciamientos judiciales que han resuelto los conflictos generados por tal actuación, impugnándose con frecuencia estos acuerdos de renegociación⁽¹⁶⁴⁾, y se asume, además, una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, que impide que puedan ser excluidos de las comisiones paritarias creadas por los convenios colectivos quienes ostenten legitimación para la negociación cuando en aquéllas se desarrollan funciones que excedan la administración del convenio aunque no hayan firmado el convenio⁽¹⁶⁵⁾.

Asimismo, el párrafo cuarto del artículo 85.3.h) alude a la intervención de la comisión paritaria que se acuerde en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos, cuando no exista representación legal de los trabajadores en la empresa.

Como después se verá, en estos supuestos, el legislador, tras la reforma operada por la Ley 35/2010, ha previsto que para las empresas sin órganos de representación de los trabajadores, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a ella (artículos 41.3 y 82.3 ET)⁽¹⁶⁶⁾. Ambos tipos de comisiones se extinguirán *ope legis* cuando cumplan la función para la que han sido constituidas, suscribiendo el acuerdo que ponga fin al período de consultas, o, asimismo, cuando no se obtenga dicho acuerdo transcurrido que sea el tiempo legalmente establecido —entre 15 y 30 días— para su desarrollo⁽¹⁶⁷⁾.

(164) SSTs 20 de mayo de 2004, 14 de marzo de 2007 y 15 de enero de 2008, comentadas por MOLINA NAVARRETE, C.: «La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último botín de los mercaderes del templo?», *cit.*, p. 64.

(165) STCo 73/1984, de 27 de junio, comentada por GOERLICH PESET, J.M.: «Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de ultraactividad», *cit.*, p. 112.

(166) MELLA MÉNDEZ, L.: «Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés», *TL*, núm. 109, 2011, p. 32.

(167) DE LA VILLA GIL, L.E.: «Comisiones Laborales y Comisiones Sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Iustel)*, núm. 23, 2011, p. 20.

Se trata de un nuevo canal no permanente de representación negociadora que trata de dar solución, en parte, a los problemas de representación de los trabajadores ante el fenómeno del minifundismo empresarial que preside el tejido español, donde los centros de trabajo con plantillas entre uno y cinco trabajadores representan el 77 por 100 del total, alcanzando el 10 por 100 los centros comprendidos entre 6 y 10 trabajadores, de modo que, en su conjunto, los centros entre 1 y 10 trabajadores consiguen el 97 por 100 de los centros de trabajo españoles. En ellos no hay apenas vestigio de representación unitaria, habida cuenta la escasa utilización que los trabajadores han venido haciendo de la opción legal de elegir delegados de personal en empresas entre seis y diez trabajadores de plantilla, lo que expresamente permite el artículo 61.1, párrafo primero, inciso segundo ET. Sí hay, en cambio, manifestaciones de representación sindical, al amparo del artículo 8.1.a) LOLS, pero se trata de secciones sindicales que, con o sin portavoces, o delegados sindicales, carecen de los derechos sindicales reforzados, establecidos para los representantes sindicales *stricto sensu* por el ET y, sobre todo, por la LOLS⁽¹⁶⁸⁾.

De nuevo se plantea un cierto conflicto de articulación entre el papel de las comisiones paritarias y estos órganos específicos de representación, por cuanto que la redacción del Real Decreto Ley 7/2011 deja abiertas las formas de intervención del órgano paritario en tales casos, siendo disponible para el convenio. No obstante, habrá que entender, para que la interpretación sea coherente, que su intervención será la misma que cuando hay órganos de representación, de modo que la comisión paritaria no podrá ser la que lleve directamente la negociación del descuelgue en tales casos, sino que resolverá las discrepancias al respecto cuando no se alcance acuerdo entre los empresarios y los órganos representativos *ad hoc* en el período de consultas, si bien la cuestión no está del todo clara al disponer las comisiones paritarias de una clara habilitación legal para realizar negociaciones de adaptación proporcionada por los artículos 41.6 y 82.3 ET⁽¹⁶⁹⁾, debiendo esperar a que la práctica judicial vaya solucionando los problemas.

2. Por su parte, el artículo 8.2 del Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1977 (DLRT), hace referencia, entre las posibilidades de terminación de una huelga, al pacto entre el empresario y el comité de huelga o, en su caso, entre los representantes designados por los distintos comités de huelga y los empresarios afectados, sin perjuicio de que en cualquier momento los trabajadores puedan dar por terminada aquélla. Además, el pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo, dotado, por tanto, de eficacia jurídica⁽¹⁷⁰⁾ y alcance general⁽¹⁷¹⁾, si bien alguna sentencia lo considera mero acuerdo surgido de una previsión legal⁽¹⁷²⁾.

(168) DE LA VILLA GIL, L.E.: «Comisiones Laborales y Comisiones Sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010», *cit.*, p. 7.

(169) MOLINA NARVARRETE, C.: «La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último botín de los mercaderes del templo?», *cit.*, p. 64.

(170) STS 26 de septiembre de 2001.

(171) STS 28 de junio de 1994.

(172) STSJ Castilla La Mancha 27 de octubre de 2005.

Varias cuestiones suscita el tenor literal de este precepto⁽¹⁷³⁾:

En primer lugar, el DLRT parte de la necesidad de declarar la huelga centro por centro, constituyendo un comité en cada uno de ellos, formado, precisamente, por trabajadores pertenecientes al centro correspondiente. Como resultado de ello, la legitimación correspondía a empresa y comité, cuando la huelga se refería a un solo centro, y a los representantes de empresarios afectados y comités, cuando excedía de aquel ámbito.

Este punto de partida ha sido corregido por el máximo intérprete de la norma fundamental⁽¹⁷⁴⁾, declarando inconstitucional la necesidad de que la huelga se declare centro por centro (artículo 3.1 DLRT) y reinterpretando la exigencia de que los componentes del comité de huelga deban corresponder al correspondiente centro, exigencia limitada a las huelgas que afecten a uno solo. Ello implica que en todas las huelgas, aunque excedan de un centro, puede existir un único comité, lo cual hará innecesaria la segunda previsión del precepto aquí comentado, relativa a los representantes de los distintos comités como sujetos legitimados para la negociación. Lo normal será, pues, que exista sólo un comité de huelga al que compete la gestión del conflicto y la negociación del eventual acuerdo que le ponga fin.

En cuanto al contenido del acuerdo, no es infrecuente que éste contenga estipulaciones referidas, específica y directamente, a los criterios a observar por los trabajadores y, sobre todo, por las empresas tras el regreso de la normalidad laboral. Es posible pactar, así, eventuales compromisos de no sancionar a los huelguistas, quedando éstos eximidos de eventuales responsabilidades derivadas del carácter ilegal o abusivo de la huelga en la que han participado o de haber protagonizado conductas ilegales durante una de carácter legal⁽¹⁷⁵⁾. Pero tales previsiones eximentes tienen que estar expresamente pactadas porque el mero hecho de la existencia de un acuerdo que pone fin a la huelga no impide que en vía judicial se pretenda la declaración de ilegalidad de la misma con todas sus consecuencias⁽¹⁷⁶⁾.

3. En esta misma línea, el artículo 24 DLRT prevé la posible solución de un conflicto colectivo por acuerdo de las partes, adoptado por mayoría simple de las representaciones de cada una de ellas. Dicho acuerdo tendrá idéntica eficacia que lo pactado en convenio colectivo, si las partes cuentan con la legitimidad necesaria para negociar.

4. Además, en materia de conflictos colectivos, el artículo 91 ET consagra, sin perjuicio de las atribuciones de la comisión paritaria, la posibilidad de admitir que los convenios y los Acuerdos Interprofesionales sobre materias concretas a los que se refiere el artículo 83.2 y 3 ET, suscritos por las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas en los ámbitos estatal o de Comunidad Autónoma, regulen procedimientos, entre los que se citan específicamente la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación en interpretación de los convenios colectivos. Estos acuerdos y laudos tendrán la eficacia, *ope legis*, de un convenio colectivo, siempre que las partes que los suscriban —o acuerden el compromiso arbitral— gocen de

(173) GOERLICH PESET, J.M.: «Acuerdos fin de huelga y fin de conflicto», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F., dir.): *Manual Jurídico de negociación colectiva*, Valencia, 2007, p. 813.

(174) STCo 11/1981, de 8 de abril.

(175) STSJ País Vasco 21 de marzo de 2003.

(176) STS 14 de mayo de 2009.

la legitimación y mayorías suficientes para pactar un convenio de los regulados por el ET. En caso contrario, tendrán la condición de extraestatutarios⁽¹⁷⁷⁾.

De todas formas, esta previsión no supone para nada un desplazamiento de la comisión paritaria, pues el artículo 91.3 ET exige su intervención previa⁽¹⁷⁸⁾. Cabe recordar, a estos efectos, que este artículo 91 ET ha sido modificado por el Real Decreto Ley 7/2011. Así, en el párrafo primero, y en lo que es una mera mejora de redacción, mientras antes decía que «con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias de conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos, se resolverán por la jurisdicción competente», ahora establece que «sin perjuicio de las competencias legalmente atribuidas a la jurisdicción competente, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos corresponderá a la comisión paritaria de los mismos».

Determina, además y con mayor contundencia, en el párrafo tercero del artículo 91 ET, la intervención previa de la comisión paritaria en los conflictos colectivos de interpretación y aplicación de un convenio colectivo antes del planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos extrajudiciales o judiciales.

Señala, en fin —rectificando doctrina judicial anterior—⁽¹⁷⁹⁾, que las resoluciones de la comisión paritaria sobre interpretación o aplicación del convenio tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos regulados en el ET.

Se trata, pues, de impulsar la función de autocomposición de los conflictos asumida tradicionalmente por la comisión paritaria, convertida su intervención en requisito o presupuesto de procedibilidad previo al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos no judiciales o ante el órgano judicial competente y dotadas su resoluciones de la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos estatutarios. En definitiva, el Real Decreto Ley 7/2011 configura una suerte de trámite arbitral de carácter obligatorio ante la comisión paritaria del convenio, de modo que, con independencia de lo que diga el convenio colectivo, la intervención de la comisión resulta preceptiva en todos los conflictos colectivos que afecten a aquél. Y, además, son vinculantes para las partes del conflicto las soluciones eventualmente alcanzadas en el trámite, por acuerdo directo o en caso de que la comisión recurra a un procedimiento autónomo de solución, no en vano la opción lograda se equipara al acuerdo entre las partes⁽¹⁸⁰⁾.

5. En fin, el artículo 156.2 LRJS prevé la existencia de acuerdos conciliatorios alcanzados en un conflicto colectivo jurídico, respecto de los cuales la jurisprudencia social sólo

(177) ALFONSO MELLADO, C.L. y CARDONA RUBERT, B.: «La solución extrajudicial de conflictos laborales: los acuerdos conciliatorios, mediatorios y los laudos arbitrales», en AA.VV. (Pérez De Los Cobos Orihuel, F. y Goerlich Peset, J.M., coords.): *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Valencia, 2006, p. 759.

(178) MOLINA NAVARRETE, C.: «La decretada reforma de la negociación colectiva ¿el último botón de los mercaderes del templo?», *cit.*, p. 63.

(179) Por todas, SSTS 20 de mayo de 1997 u 8 de noviembre de 2006, que atribúan a las resoluciones de las comisiones paritarias simple valor de interpretaciones auténticas de los convenios colectivos no vinculantes para los tribunales. SALA FRANCO, T.: «La reforma de la negociación colectiva (Real Decreto Ley 7/2011, de 11 de junio)», *cit.*, p. 2110.

(180) GOERLICH PESET, J.M.: «Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de ultraactividad», *cit.*, p. 114.

les venía reconociendo eficacia general de concurrir «la legitimación y el quórum necesario para alcanzar ese grado de proyección general, aparte de otras formalidades como escritura y publicación»⁽¹⁸¹⁾. Ahora, el propio artículo 156.2 LRJS les reconoce expresamente —y siguiendo esta corriente judicial— la misma eficacia atribuida a los convenios colectivos por el artículo 82 ET, siempre que las partes que concilien, ostenten la legitimación y adopten el acuerdo conforme a los requisitos exigidos por las citadas normas. En tal caso se enviará copia a la autoridad laboral.

XI. ACUERDOS DE IGUALDAD DE TRATO

El artículo 85.2 ET dispone que, «sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes, a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores de la siguiente forma: a) En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios. b) En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad».

Este precepto dispone, como primera posibilidad, la obligada formalización del deber de negociar planes de igualdad, allí donde existan convenios colectivos de ámbito empresarial, «en el marco de la negociación de dichos convenios». La dirección de la empresa y las representaciones sociales, dotadas de la oportuna legitimación negocial, satisfacen el referido mandato al abrir el trato contractual sobre el contenido del plan de igualdad en el marco del proceso negocial del convenio de empresa, sin embargo, la ley no les exige la integración del plan de igualdad, en caso de alcanzarse el correspondiente acuerdo, en el *corpus* del convenio colectivo. Desde luego, esta integración —que puede materializarse bien en el articulado del pacto, bien en un anexo al mismo— viene constituyendo la práctica más corriente y, probablemente, así seguirá aconteciendo en el futuro, pero nada impide que las partes decidan dotar al plan de igualdad de sustantividad contractual propia, incorporándolo formalmente al articulado de un acuerdo colectivo de empresa, autónomo y específico⁽¹⁸²⁾.

La adopción de un acuerdo puede perseguir distintas y razonables finalidades, como la conveniencia de anticipar, en el contexto de un proceso de negociación complicado y con dilaciones, la vigencia de algunas medidas de igualdad o, incluso, el interés de salvar los consensos ya alcanzados sobre el plan de igualdad en un entorno negocial prácticamente frustrado. Además, la omisión por parte del convenio de sector de establecer «los términos y condiciones» del deber de negociar habilita para que, como segunda posibilidad, sea el acuerdo autónomo de empresa el que incluya el plan de igualdad.

(181) STS 26 de septiembre de 2002 y STSJ Madrid 20 de septiembre de 2004 o Canarias/Las Palmas 15 de octubre de 2005.

(182) VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Madrid, 2010, p. 148.

Este acuerdo de empresa puede expresarse, a su vez, a través de dos modalidades bien diferentes, definidas ambas en atención a la posición que cada una adopta respecto de la estructura negocial en la que se mueve y desarrolla. La primera es la del acuerdo colectivo autónomo de empresa, pacto éste que se caracteriza por la ausencia de toda colaboración, coordinación o relación formal o sustantiva, por mínima que sea, con otros niveles contractuales. La segunda se abre a formas muy variadas de articulación y diálogo con otras unidades de negociación, modalidades estas que pueden comprender aspectos tanto procedimentales, relativos al marco de la negociación misma, como materiales, atinentes a las regulaciones de las condiciones de igualdad⁽¹⁸³⁾.

La estructura compleja no ya de la empresa sino de la negociación colectiva existente en la empresa, formada por una pluralidad de convenios de ámbito inferior a la misma: de centro de trabajo, multicentro o franja, implica que el plan de igualdad deba formalizarse, obligatoriamente, a través del acuerdo de empresa. Cuanto mayor sea la diversidad de las condiciones de trabajo contenidas en los convenios de centro, multicentro o franja, el plan de igualdad aplicable al conjunto de la empresa, regulado en el acuerdo de empresa, ha de enunciar «términos y condiciones» más generales y flexibles, de contenido mínimo o, lo que es igual, ha de utilizar con mayor frecuencia las reglas de complementariedad. A la inversa, cuanto más uniformes sean las regulaciones laborales contenidas en los convenios de ámbito inferior a la empresa, el acuerdo de empresa deberá hacer uso de formas de articulación más moderadas y matizadas⁽¹⁸⁴⁾.

En todo caso, el límite infranqueable para el acuerdo articulado de empresa es el establecimiento de medidas de igualdad diferentes, incluidas las acciones positivas, para los distintos centros de trabajo o franjas de trabajadores que no cuenten con fundamento objetivo o razonable; esto es, que resulten contrarias no ya al principio de igualdad por razón de género sino, más sencillamente, al principio de igualdad en la ley (*rectius*, en el convenio colectivo), cuya vigencia en la negociación colectiva ha sido reconocida desde antiguo por el Tribunal Constitucional⁽¹⁸⁵⁾.

En fin, los supuestos en los que legalmente una empresa está obligada a adoptar un plan de igualdad e incluir en el convenio un conjunto ordenado de medidas para erradicar y prevenir la discriminación por sexo son más variados, pues el artículo 45.4 LOIEMH prevé también que las empresas elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores, cuando en un procedimiento sancionador la autoridad laboral hubiera acordado la sustitución del resto de sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan en los términos que se fijen en el indicado acuerdo. Posibilidad de permuta admitida cuando el empresario es objeto de una sanción accesoria por haber cometido infracción muy grave en materia discriminatoria (disposición adicional 14.ª LISOS), siendo necesario que así lo solicite la empresa y se emita informe preceptivo de la Inspección de Trabajo⁽¹⁸⁶⁾.

(183) VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, cit., p. 149.

(184) VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, cit., p. 150.

(185) SSTCo 177/1988, de 10 de octubre, 28/1992, de 9 de marzo y 2/1998, de 12 de enero.

(186) AA.VV. (De la Villa Gil, L.E., dir.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 2011, p. 1303.

Todo ello sin olvidar que la LOIEMH contiene numerosas menciones a la negociación colectiva, si bien de carácter potestativo. Así, el artículo 73 posibilita que las empresas «asuman la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social, consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o su entorno social», pudiendo concertar la realización de estas acciones «con la representación de los trabajadores y las trabajadoras» como otra manifestación más en la variada tipología de acuerdos de empresa⁽¹⁸⁷⁾.

XII. LOS DENOMINADOS «DESCUELGUES»

La desvinculación salarial o la posibilidad de que la empresa no se rija por los niveles retributivos fijados en el convenio supraempresarial, pese a hallarse incluida en su ámbito de aplicación, es, desde luego, una situación excepcional y lógico es que reciba un tratamiento normativo acorde con esta concepción. Como técnica jurídica, se opone frontalmente a lo que se conoce como articulación de convenios o a los mecanismos autónomos de estructuración de las unidades negociales. No es un acto de coordinación de ámbitos de contratación ni de materias objeto de los distintos contenidos de los diferentes ámbitos funcionales y territoriales, sino que se describe como «un acto de voluntad individual» de cada empresa, que se excluye así del régimen salarial al que estaría obligada por serle de aplicación el convenio colectivo en cuestión⁽¹⁸⁸⁾.

De manera extensiva, se puede hablar también de descuelgue, no refiriéndolo sólo al tema de la retribución del trabajo, sino en relación con cualquier posibilidad permitida por el ordenamiento jurídico de que las condiciones de trabajo determinadas por un convenio colectivo de ámbito superior a la empresa sean sustituidas a nivel empresarial por otras diferentes —normalmente empeorando aquéllas—, sobre la base de causas excepcionales y a través de un acuerdo sobre dichas materias concretas logradas en el seno de la empresa⁽¹⁸⁹⁾.

Ambas acepciones del descuelgue fueron sustancialmente flexibilizadas por la Ley 11/1994, idea sobre la que insiste de manera más contundente la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, entre cuyos objetivos ocupa un lugar destacado el de aumentar la flexibilidad interna⁽¹⁹⁰⁾, permitiendo la novación por acuerdo de empresa de las condiciones establecidas no sólo en convenio empresarial, sino también en convenio de ámbito superior. Ello implica la posibilidad de limitar la eficacia de lo pactado a un nivel superior por un simple acuerdo de empresa, esto es, por sujetos con legitimación para negociar a ese nivel, saliendo netamente reforzada la negociación de nivel inferior, que, a través del artículo 41.6 ET, puede afectar a un convenio superior, no sólo en materia salarial, sino también alterando

(187) GOÑI SEIN, J.L.: *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid, 2011, pp. 97 y ss.

(188) SERRANO CARVAJAL, J.: «Perspectivas empresariales del Acuerdo Marco Interconfederal», en AA.VV.: *Comentarios al Acuerdo Marco Interconfederal sobre negociación colectiva*, Madrid, 1980, p. 177.

(189) BAYLOS GRAU, A.: «Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva», AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.E., coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994, p. 327.

(190) GÁRATE CASTRO, J.: «La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo», *AL*, núm. 1, 2011, p. 14.

las condiciones de horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento y funciones (cuando excedan de los límites para la movilidad funcional)⁽¹⁹¹⁾.

Es más, la Ley 35/2010 ha habilitado un cauce de solución *ad hoc* para los supuestos de movilidad geográfica o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en aquellas empresas donde no existiere representación legal de los trabajadores, pues éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a ella⁽¹⁹²⁾.

Se permite, además, con gran flexibilidad, la inaplicación del sistema salarial pactado en un convenio de ámbito superior [artículo 82.3 y 85.3.c) ET]. La regla general es la siguiente: ante el supuesto de hecho de una empresa que, por la aplicación de los salarios fijados en un convenio colectivo de ámbito superior a la empresa, pueda ver dañada su situación y perspectiva económicas con afección al mantenimiento del empleo, la representación unitaria y el empresario pueden llegar al acuerdo de inaplicar aquellos salarios. El acuerdo deberá concretar: a) la retribución exacta a percibir por los trabajadores; b) un programa temporal y económico de progresiva convergencia hacia la recuperación de los salarios inaplicados; y c) el acuerdo no podrá, en ningún caso, suponer incumplimientos a la prohibición de discriminar por razón de género⁽¹⁹³⁾.

De este modo, el acuerdo de empresa limita la eficacia general del convenio de ámbito superior y, a esta situación, se denomina cláusula de descuelgue salarial. Esta facultad está atribuida, exclusivamente y sólo en presencia de causas económicas que afecten al empleo, al acuerdo entre la representación unitaria y el empresario afectados. Sólo ante el supuesto de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación «a una comisión sindical» formada por tres miembros de los sindicatos más representativos o representativos del sector (artículos 82.3 y 41.4 ET)⁽¹⁹⁴⁾.

Aun ante una situación sobrevenida de crisis económica que afecte al empleo, la representación legal de los trabajadores y el empresario pueden no llegar a un acuerdo sobre el descuelgue salarial, supuesto en el cual se abren, por la Ley 35/2010, dos nuevos caminos: a) remitir a las partes a los sistemas de composición de conflictos pactados en acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, incluido, entre ellos, la posibilidad de someter, de mutuo acuerdo, las discrepancias a un laudo arbitral que tendrá la eficacia de

(191) GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010», *AL*, núm. 4, 2011, p. 406.

(192) BAYLOS GRAU, A.: «Movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma de 2010», *La Ley*, núm. 7388, 2010, pp. 24 y ss.

(193) SEMPERE NAVARRO, A.V. y MENÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: «El descuelgue salarial tras la Ley 35/2010», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2010, p. 204.

(194) BAYLOS GRAU, A.: «Movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma del 2010», *cit.*, p. 27.

los acuerdos alcanzados en períodos de consultas; b) obligar a todos los convenios colectivos (los de ámbito de empresa y los de ámbito superior) a establecer (contenido mínimo) procedimientos para solventar de manera definitiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la inaplicación del régimen salarial, adaptando a sus necesidades los procedimientos que establezcan los acuerdos interprofesionales.

De conformidad con tal regulación flexibilizadora se suprime la referencia anterior, que consideraba contenido necesario el establecimiento de las condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial establecido en el mismo, respecto de las empresas incluidas en el ámbito del convenio, cuando éste fuera superior al de empresa, de conformidad con lo establecido entonces en el artículo 82.3 ET. A partir de la Ley 35/2010 se elimina esta referencia y se introduce una nueva para adecuar el contenido mínimo del convenio colectivo a las modificaciones llevadas a cabo en los artículos 41 y 82.3 ET. De ese modo, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, los convenios estatutarios deben establecer los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que surjan en la negociación para la modificación de condiciones sustanciales y la no aplicación del régimen salarial. Precisiéndose, además, que se deben adaptar a lo dispuesto en los artículos 41.6 y 82.3 ET los procedimientos que a este respecto se establezcan en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico [artículo 85.3.c) ET].

A diferencia de la normativa anterior, donde se exigía la cláusula de descuelgue como contenido mínimo, cuando el convenio de sector no contemplaba un incremento retributivo o cuando, incluso, las partes decidían no recoger el descuelgue, ahora sí tiene sentido incluir la nueva previsión como contenido mínimo en tanto, además de lo que establezcan los acuerdos interprofesionales, las partes podrían, en el convenio de empresa, negociar procedimientos de solución de discrepancias que les permitieran en un futuro llegar a un acuerdo sin necesidad de acudir a los mecanismos de solución establecidos en dichos acuerdos interprofesionales⁽¹⁹⁵⁾.

Aun cuando sobre esta previsión relativa al contenido mínimo no incide el Real Decreto Ley 7/2011, que mantiene el tenor anterior tal y como había sido introducido por la Ley 35/2010, lo cierto es que sí lo va a hacer, y, además, sustancialmente, en relación con lo previsto en el régimen sustantivo de los artículos 41.6 y 82.3 ET a los que el artículo 85.3.c) ET se remite.

1. El Real Decreto Ley 7/2011 modifica la concreción de las causas legales del descuelgue salarial. A partir del Real Decreto Ley 10/2010 y de la Ley 35/2010, se establecieron unos requisitos objetivos para el descuelgue más flexibles que los contenidos en la regulación precedente, pues mientras la normativa anterior atribuía a los convenios colectivos de ámbito supraempresarial el establecimiento de los requisitos por los que podría no aplicarse su régimen salarial «a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación», la reforma de 2010, una vez suprimida la posibilidad de concreción de circunstancias habilitantes de los acuerdos de descuelgue en el nivel supraempresarial, precisa que tales condiciones se producirán cuando «la situación y perspectivas económicas» de una empresa «pudieran verse dañadas» como consecuencia

(195) AA.VV. (De La Villa Gil, L.E., dir.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 1306.

de la aplicación del régimen salarial previsto en el convenio supraempresarial, «afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo» en dicha empresa. Ahora, tras el Real Decreto Ley 7/2011, se sustituyen las alusiones a que la situación y perspectivas económicas de la empresa pudieran verse dañadas como consecuencia de la aplicación del régimen salarial del convenio colectivo de ámbito superior a la empresa, por otra expresión destinada a concretar las causas concretas del descuelgue salarial⁽¹⁹⁶⁾.

Así, la nueva redacción del artículo 82.3 ET permite la inaplicación del régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior al de la entidad empresarial cuando ésta (la empresa) tenga una «disminución persistente de su nivel de ingresos» (supuesto introducido por el Real Decreto Ley 7/2011 que adopta la expresión incorporada al artículo 51.1 ET por la Ley 35/2010) o «su situación y perspectivas económicas pudieran verse afectadas negativamente como consecuencia de tal aplicación» (supuesto ya introducido por la Ley 35/2010 pero utilizando la expresión «dañadas»), «afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma» (requisito de riesgo ocupacional exigido en los dos supuestos)⁽¹⁹⁷⁾.

El escaso uso de este tipo de cláusulas ante una clara preferencia corporativa por las extinciones contractuales es la que ha motivado una regulación más dúctil de ellas⁽¹⁹⁸⁾.

Son dos los presupuestos legales ahora exigidos. De un lado, la constatación de un riesgo cierto de pérdida de competitividad para la empresa de mantener el régimen convencional. A tal fin no bastaría sólo con una situación negativa actual de aplicar el régimen salarial convencional común, sino que, hacia el futuro, tampoco haya una posibilidad significativa de cambio, esto es, no exista perspectiva de mejora a corto plazo. No es suficiente, pues, con un daño potencial o con un peligro concreto, sino que se exige un daño efectivo, actualmente y en un futuro próximo. De otro, que se vea afectada la continuidad del empleo actualmente existente, esto es, debe tener algún riesgo cierto de perjudicar el volumen de ocupación⁽¹⁹⁹⁾.

La nueva redacción del precepto se remite al procedimiento del artículo 41.4 ET y determina el contenido del «acuerdo de inaplicación», que debe precisar con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores con vistas a establecer una programación de la recuperación de los niveles salariales convencionales y con el límite temporal de la propia vigencia del convenio con un máximo de tres años. Dado que la Ley 35/2010 ha fijado una vía para el descuelgue que pasa por lograr un acuerdo con los representantes de los trabajadores, o, en su caso, con los propios trabajadores o con quienes éstos deleguen su representación, no cabe que la inaplicación salarial se pacte entre las partes del contrato, pues

(196) MARTÍNEZ MOYA, J.: «Flexibilidad interna negociada», en AA.VV.: *Convenios y negociación colectiva tras el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio*, AS, núm. 5, 2011 (BIB 2011/1156), p. 22.

(197) MOLINA NAVARRETE, C.: «La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último botón de los mercaderes del templo?», *cit.*, p. 34.

(198) DEL REY GUANTER, S.: «Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial», *TL*, núm. 107, 2010, p. 182.

(199) MOLINA NAVARRETE, C.: «Reforma 2010 del mercado de trabajo: una nueva milonga del capitalismo de casino», *RTSS (CEF)*, núm. 282, 2010, p. 40.

ello comportaría una renuncia de derechos vedada por el artículo 3.5 ET⁽²⁰⁰⁾. Se habilita, empero, la negociación plural y por los propios afectados en cada centro de trabajo sobre los descuelgues de los convenios⁽²⁰¹⁾.

Con ello se descentralizan las llamadas cláusulas de descuelgue, que hasta ahora sólo podían ser establecidas en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, y exclusivamente en su ausencia se permitía que la inaplicación se pudiera negociar a nivel de empresa y, en caso de descuerdo, la cuestión debía ser solventada por la comisión paritaria del convenio. Con la Ley 35/2010 esa comisión paritaria quedó desplazada del procedimiento, si bien el Real Decreto Ley 7/2011 añade un tímido apartado 4 en el artículo 85.3.h) ET para incluir, dentro del contenido del convenio colectivo, «la intervención que se acuerde (de dicha comisión) en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos, cuando no exista representación legal de los trabajadores en la empresa». Los convenios colectivos pueden, por tanto, atribuir a las comisiones paritarias competencia para intervenir en esta materia, al extremo que pueden llegar a convertirse en los interlocutores frente a la dirección de la empresa, sin necesidad de designar la anterior comisión *ad hoc*⁽²⁰²⁾. En este caso, la comisión dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia fue planteada. Cuando aquélla no alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos de mediación y arbitraje establecidos en los acuerdos interprofesionales aplicables.

Asimismo, incorpora un apartado 3 en el artículo 85.3.h) para ubicar, dentro del contenido mínimo del convenio, «los términos y condiciones para el conocimiento y resolución de las discrepancias (por la comisión paritaria) tras la finalización del período de consultas en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo e inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.6 y 82.3, respectivamente». Sorprende que no se haya extendido esta posible intervención de la comisión paritaria a los procedimientos de movilidad geográfica⁽²⁰³⁾.

Es más, cierto es que no se ha desapoderado a los convenios colectivos para establecer las condiciones y procedimientos para la inaplicación, pues el nuevo artículo 85.3.c) ET incorpora como materia del contenido mínimo del convenio colectivo la referida a los «procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos de conformidad con lo establecido en el artículo 41.6 y la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el artículo 82.3 ET, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tales artículos», en referencia clara

(200) SEMPERE NAVARRO, A.V. y MENÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: «El descuelgue salarial tras la Ley 35/2010», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2010, p. 204.

(201) MELLADO, C.L.: «Las reformas laborales y su impacto en el Estado de Bienestar», *Gaceta Sindical*, núm. 15, 2010, p. 90.

(202) CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 4.ª edición, Madrid, 2011, p. 333.

(203) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «La reforma de la negociación colectiva (el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes)», *cit.*, p. 6.

a un arbitraje obligatorio y, por tanto, vinculante. Ahora bien, no menos verdad resulta que son determinados directamente por la ley con el propósito claro de facilitar el uso de este tipo de descuelgue salarial en cualquier sector de la producción⁽²⁰⁴⁾, quedando definitivamente neutralizadas conductas de los protagonistas sociales que no aceptaran introducir estas estipulaciones en los convenios colectivos, bien por entender que ello podría alterar el equilibrio de las relaciones entre las partes, bien por resistirse a la pérdida de la función homogeneizadora de condiciones de trabajo del convenio de sector o, en fin, por pura inercia negocial de no tratar esos temas⁽²⁰⁵⁾.

Se minorra, por tanto, el protagonismo de la negociación colectiva en lo concerniente a los requisitos para proceder al descuelgue salarial. Y ello en aras al establecimiento de un régimen de elusión común para todas las empresas de cualquier ámbito, con independencia del convenio colectivo que resulte de aplicación a las entidades empresariales que decidan acogerse a esta medida. Lo que antes eran derechos supeditados al contenido de la cláusula de descuelgue en el convenio o a la decisión de la comisión paritaria, se ha convertido ahora en una posibilidad real para los empresarios que atraviesen una situación económica negativa; posibilidad que pide los mismos condicionantes y se supedita a idéntico procedimiento para todos, con independencia del sector al que pertenezcan⁽²⁰⁶⁾.

Pero, además de las previsiones que se establecen en la norma, es también evidente que la negociación colectiva puede prever fórmulas de control de estos procesos de inaplicación salarial en el caso de desacuerdo, estableciendo procedimientos de mediación en las comisiones paritarias, o exigiendo por esta vía un cierto procedimiento en la petición de descuelgue o una documentación que pueda dar cuenta de la realidad del daño a la situación económica de la empresa. Nada impide mantener que se puede recrear ese espacio de administración de la inaplicación salarial desde el nivel del propio convenio respecto del cual se produce y, por tanto, suministrar modelos coherentes de transición posible desde una concepción radicada, como sucedía con anterioridad a la reforma, en la autonomía colectiva a un modelo nuevo de imposición legal a los sujetos colectivos⁽²⁰⁷⁾.

2. Se admite que puedan modificarse por acuerdo de empresa las condiciones establecidas no sólo en convenio empresarial, sino también en convenio de carácter superior, no sólo en materia salarial, sino también alterando el resto de las condiciones de trabajo, a excepción de la jornada⁽²⁰⁸⁾. Es más, se ofrece también, desde la Ley 35/2010, una nueva redacción de los motivos justificativos de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción a los efectos de una modificación sustancial, entendiendo que concurren éstas cuando la adopción de la medida contribuya a prevenir una evolución negativa de la

(204) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto Ley 10/2010», *RL*, núm. 15-16, 2011, p. 9.

(205) BAYLOS GRAU, A.: «Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva», *cit.*, p. 335.

(206) SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «La reforma del mercado de trabajo mediante RDL 10/2010», *AS*, BIB 2010/1468, p. 6.

(207) BAYLOS GRAU, A.: «Movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma del 2010», *cit.*, p. 27.

(208) GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010», *cit.*, p. 406.

empresa o a mejorar su situación y perspectivas a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. El legislador deja claro que la modificación sustancial es un procedimiento reactivo⁽²⁰⁹⁾, presumiendo que concurren causas justificativas en los casos de acuerdo modificativo con la representación de los trabajadores⁽²¹⁰⁾.

De este modo, cuando las partes llegan a un acuerdo, éste adquiere un especial valor, pues el legislador lo refuerza equiparándolo a una presunción de efectiva concurrencia de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción alegadas por el empresario. Lo único que puede hacer la autoridad judicial es reaccionar ante situaciones de presión o abuso de una parte a la hora de conseguir la aceptación de la otra (probablemente, del empresario respecto del trabajador). Así, con carácter excepcional, el legislador permite que aquélla impugne el pacto ante la jurisdicción competente —la social— en base a la sospechada existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo⁽²¹¹⁾.

Las novedades introducidas por el Real Decreto Ley 7/2011 en los artículos 85.3.h).3.º y 4.º son también de aplicación en estos supuestos de modificaciones sustanciales.

3. En los procedimientos de negociación/consulta previstos para estos supuestos, el Real Decreto Ley 7/2011 establece la preferencia de las secciones sindicales («cuando éstas lo acuerden») sobre los representantes unitarios para actuar como interlocutores ante la dirección de la empresa.

XIII. ALGUNOS SUPUESTOS DE DIFÍCIL ENCAJE

Entre tales —y sin ánimo exhaustivo—, cabe mencionar los siguientes:

1. Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión, mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida (artículo 44.4 ET).

El precepto citado establece la regla general de la vigencia del convenio colectivo que viniera aplicándose en la empresa de origen en tanto éste no expire o hasta la entrada en vigor de otro convenio nuevo que resulte aplicable, pero establece también el cauce para evitarla: el acuerdo entre el cesionario y los representantes de los trabajadores.

A primera vista, es evidente que a través de dicho acuerdo podrá operarse una suerte de elección del convenio colectivo aplicable al elemento transmitido y que, por efecto del mis-

(209) GARCÍA GONZÁLEZ, R.L.: «La flexibilidad interna en la reforma laboral», *La Ley*, núm. 7488, 2010, p. 14.

(210) DEL REY GUANTER, S.: «Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial», *cit.*, p. 187.

(211) MELLA MÉNDEZ, L.: «Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades interesantes», *TL*, núm. 109, 2011, p. 48.

mo, los trabajadores afectados por la transmisión podrán dejar de estar sujetos al convenio colectivo de origen para pasar a regirse, bien por el convenio colectivo que resulte aplicable a la empresa en la que se integran (si tiene lugar esta integración), bien por el convenio que le resulte aplicable a la entidad transmitida (si esa integración no tiene lugar). El acuerdo operaría, de este modo, al estilo de un acuerdo de adhesión a ese otro convenio colectivo, quedando vetada en todo caso la intervención del pacto individual⁽²¹²⁾.

Si se produce el acuerdo, lo que la norma no garantiza es el mantenimiento de los derechos de los trabajadores transmitidos, no en vano su aplicabilidad no queda condicionada a que las nuevas condiciones de trabajo sean más favorables para los trabajadores afectados por el traspaso, comparadas con las que el convenio colectivo de origen les reconocía⁽²¹³⁾. La finalidad principal del presente acuerdo de empresa es, pues, la de resolver la dualidad de regímenes jurídicos que perviven cuando se produce el traspaso de una entidad empresarial, configurando un estatuto jurídico único para la plenitud de los empleados, sin dilatar dicha unificación al momento de entrada en vigor del nuevo convenio. De este modo, la presente regla viene a derogar las pautas generales de solución de los conflictos de concurrencia entre convenios colectivos, otorgando prioridad aplicativa a lo previsto en el acuerdo de empresa mencionado, siempre que se cumplan una serie de condiciones impuestas por el legislador⁽²¹⁴⁾:

- La primera afecta al momento de celebración del acuerdo, pues dicho pacto necesariamente ha de negociarse, una vez consumada la transmisión, es decir, una vez subrogada la empresa cesionaria en las relaciones contractuales de los trabajadores objeto de sucesión⁽²¹⁵⁾. Por otro lado, la norma estatutaria no prevé ni un plazo máximo ni mínimo para iniciar la negociación, pudiendo solicitarse por los sujetos legitimados en cualquier momento, siempre que se encuentre vigente el convenio de la empresa de origen, puesto que si éste ha decaído ya no tiene sentido la negociación del acuerdo de empresa, que tiene un cometido muy concreto y específico, cual es el de provocar la inaplicación de un convenio que ya no puede serlo.
- La segunda de las condiciones legales se refiere a las partes negociadoras, estando legitimados la empresa cesionaria y los representantes de los trabajadores, dejando plenamente al margen de la negociación a la empresa de origen. El interlocutor social hay que entenderlo referido a los representantes de los trabajadores de la unidad transmitida si ésta conserva su autonomía o lo que es lo mismo si el centro de trabajo pervive tras la sucesión empresarial. Por el contrario, si la entidad no conserva su autonomía, el mandato representativo se extingue o simplemente la cedente no cuenta con órganos de representación propios que puedan permanecer, los trabajadores pasarán automáticamente a ser representados por las representaciones existentes en la empresa cesionaria, pudiendo, en caso de aumento relevante

(212) TAPIA HERMIDA, A.: «Convenio colectivo aplicable en las transmisiones de empresas (sucesión de empresa)», *RTSS (CEF)*, núm. 278, 2006, pp. 105 y ss.

(213) CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 4.ª edición, Madrid, 2011, p. 348.

(214) MOLERO MARAÑÓN, M.L.: «Los acuerdos colectivos en el marco de la transmisión de empresa», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F., dir.): *Manual Jurídico de negociación colectiva*, Valencia, 2007, p. 776.

(215) STSJ Andalucía/Sevilla 17 de mayo de 2007.

de plantilla, convocar elecciones parciales en las que ya participarán los trabajadores subrogados (artículo 67.1.5 ET). Sea como fuere, dicha representación de la cesionaria será la legitimada para negociar el acuerdo colectivo que pretenda la inaplicación del convenio de la cedente. No obstante, se ha de reseñar que dicha opción legal se contempla por la doctrina con cierta desconfianza, al dudarse de que la representación de la empresa cesionaria garantice real y eficazmente el interés de estos representados en el proceso de sucesión convencional que está en juego en este caso. Consecuentemente, se ha esgrimido como solución que se aplique un mecanismo similar al previsto por el ET para la negociación del convenio colectivo franja: los trabajadores de la empresa cedente afectados por la subrogación designarán mayoritariamente a las secciones sindicales a través de votación personal, libre, directa y secreta (artículo 87.1 ET).

Pero, además de esa función de adhesión, cabe plantearse si el acuerdo aquí analizado puede consistir válidamente en un pacto *ad hoc*, es decir, en un acuerdo en el que se regulen también todas o parte de las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por la transmisión. Más exactamente, cabe plantear si puede operar el descuelgue (total o parcial) del convenio de origen o la adhesión parcial a otro convenio y, además, regular otras condiciones que hayan de regir hasta que entre en vigor ese otro convenio al que se refiere la norma. Ciertamente, no parece que este último sea el cometido que el artículo 44.4 ET ha querido encomendar al acuerdo, si bien tampoco parece que exista impedimento jurídico insalvable para que sea así⁽²¹⁶⁾.

2. Desde el año 1980, el acuerdo de empresa proporciona cauce a la posibilidad de celebrar reuniones y asambleas durante la jornada de trabajo (artículo 78 ET).

3. A tenor del artículo 81 ET, la representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de los locales en los términos que acuerden con la empresa.

4. De conformidad con lo previsto en el artículo 46.6 ET, la situación de excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados (distintos de los legalmente previstos), con el régimen y los efectos que allí se prevean.

5. Por acuerdo de empresa se puede ampliar también el número de delegados sindicales previstos en el artículo 10 LOLS: de 250 a 750 trabajadores, uno; de 751 a 2.000 trabajadores, dos; de 2.001 a 5.000, tres y de 5.001 en adelante, cuatro.

6. El artículo 48 LOIEMH prevé la necesidad de promover las condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y a arbitrar procedimientos para dar cauce a las denuncias o reclamaciones, medidas estas que pueden ser negociadas con los representantes de los trabajadores⁽²¹⁷⁾.

(216) LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: «Los acuerdos de empresa», en AA.VV. (Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Goerlich Peset, J.M., coords.): *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Valencia, 2006, p. 655.

(217) CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y QUINTERO LIMA, M.G.: «La Ley de igualdad y la prevención de riesgos laborales: nueva protección social de los (nuevos y no tanto) riesgos laborales», en AA.VV. (García-Perrote

Deteniendo brevemente la atención en esta última tipología de códigos de buena conducta, procede tener en cuenta que, tras la novedad legislativa que incorpora el artículo 48 LOIEMH⁽²¹⁸⁾, todo protocolo de intervención respecto del acoso sexual y del acoso por razón de sexo habrá de recoger tres niveles: 1) reducir riesgos; 2) responder a los incidentes violentos producidos; y 3) rehabilitar a los acosados y a los acosadores⁽²¹⁹⁾. Cuatro actuaciones concretas deberían aparecer, además, como imprescindibles en cualquier instrumento de este tipo⁽²²⁰⁾: 1) Declaración de tolerancia cero frente al acoso sexual. 2) Medidas preventivas y formativas para prevenirlo. 3) Protección de la dignidad de las personas, confidencialidad, imparcialidad, proporcionalidad, justicia, equidad y sumariedad. 4) Tutela de la víctima, evitando acusaciones falsas.

7. El artículo 43 LOIEMH establece, también con carácter potestativo, que «de acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán fijar medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres».

8. En fin, el párrafo sexto del artículo 3 Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas, remite a la negociación colectiva en sentido amplio, incluyendo, por tanto, los acuerdos de empresa y el establecimiento de criterios para la realización de compromisos de contratación a la finalización de las prácticas correspondientes.

XIV. ACUERDOS DE EMPRESA INFORMALES

Hasta ahora se ha hecho referencia a las funciones a asumir por los acuerdos de empresa que cuentan con algún tipo de soporte legal explícito, pero de ninguna manera agotan ni pueden agotar la virtualidad o funcionalidad de los acuerdos de empresa, que, como manifestación de la autonomía colectiva, siempre podrá actuar en todos aquellos terrenos que resulten de interés para las partes, aunque sus efectos jurídicos sean más inciertos o difusos cuando falte la correspondiente previsión o un respaldo expreso por parte del legislador. Así, junto a los casos específicamente contemplados por la ley pueden aparecer otros muchos, unas veces por la propia dinámica de la negociación colectiva que es más rica de lo que el legislador puede prever, y otras, precisamente, por encargo del correspondiente convenio colectivo de sector (o incluso del convenio de empresa)⁽²²¹⁾. Estos acuerdos no necesitan de ninguna habilitación legal expresa porque son una manifestación espontánea de la autonomía negocial reconocida en el artículo 37.1 CE y en los artículos 4.1.c) y 82

Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, 2007, pp. 236 y ss.

(218) ALTES TÁRREGA, J.A.: *El acoso del trabajador en la empresa*, Valencia, 2007, p. 58.

(219) DI MARTINO, V.; HOEL, H. y COOPER, C.L.: *Preventing violence and harassment in the workplace*, Dublín (Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas), 2003.

(220) Consultar <<http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2002/109/en/1/2f02109.en.pdf>>.

(221) GARCÍA MURCIA, J.: «Los acuerdos de empresa: marco general», *cit.*, p. 623.

ET. Ahora bien, su contenido tiene que respetar el convenio aplicable y no modificar en ningún caso su clausulado⁽²²²⁾.

Contienen simplemente obligaciones entre los firmantes, como supuestos de recolocaciones⁽²²³⁾, reintegro de trabajadores a su anterior circunscripción electoral⁽²²⁴⁾, traspaso de trabajadores en subrogación de contratos⁽²²⁵⁾, jubilaciones parciales⁽²²⁶⁾, códigos de buenas prácticas bilateralmente elaborados⁽²²⁷⁾.

Deteniendo la atención en estos últimos, cabe señalar cómo comienzan a extenderse ciertas iniciativas negociales sumamente interesantes como, por ejemplo, aquella consistente en establecer dentro del convenio colectivo sectorial —bajo el epígrafe «responsabilidad social»— una cláusula conforme a la cual «las empresas que suscriban códigos de conducta de responsabilidad social consultarán previamente con los comités de empresa»⁽²²⁸⁾.

Nada impide que la vía informal entre a ordenar condiciones de trabajo ya contempladas en un referente previo de eficacia general y mejorar, para un colectivo determinado de quienes formaban parte de aquél —e incluso para la totalidad— ciertos aspectos en su vínculo contractual⁽²²⁹⁾. Más aún, están capacitados para actuar como «acuerdos de adaptación», respondiendo a la invitación o remisión contenida en un convenio estatutario, la cual no necesariamente ha de ser respondida por otro de la misma naturaleza, sino por la fórmula atípica y de eficacia personal limitada aquí analizada⁽²³⁰⁾.

De esta forma, si estos acuerdos no cumplen los requisitos y formalidades dispuestos en el ET se convertirán en extraestatutarios⁽²³¹⁾. La falta de legitimación inicial o complementaria en los negociadores y la ausencia de las mayorías requeridas por la norma (artículos 87, 88 y 89 ET) constituyen la causa fundamental en la generación de esta clase de pactos que, en el ámbito de la empresa, deriva de tres circunstancias:

De un lado, la ausencia de representación electa venía siendo el motivo fundamental, «pues el hecho de que no se hayan celebrado elecciones sindicales no impide la negociación colectiva vía artículos 7, 28 y 37 CE», pero su «resultado habrá de ser considerado como convenio irregular», en tanto falta la legitimación y, por tanto, el procedimiento exigido, ya se lleve a cabo a través de secciones sindicales, delegados elegidos por la asam-

(222) LAHERA FORTEZA, J.: *Normas laborales y convenios colectivos*, Madrid, 2008, p. 223.

(223) STSJ Cantabria 13 de noviembre de 2003.

(224) STSJ Extremadura 30 de enero de 2003.

(225) STSJ Madrid 24 de mayo de 2005.

(226) STSJ Castilla y León/Valladolid 29 de enero de 2009.

(227) TASCÓN LÓPEZ, R.: *Aspectos jurídico laborales de la responsabilidad social corporativa*, Madrid, 2008, pp. 205 y ss.

(228) Disposición adicional segunda del Convenio Colectivo de la Industria del Calzado (BOE de 26 de abril de 2011).

(229) STSJ Castilla y León/Burgos 14 de septiembre de 2006, en relación con los trabajadores expuestos al ruido.

(230) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Los convenios colectivos extraestatutarios», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F., dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*, Valencia, 2007, pp. 967 y ss.

(231) STSJ Navarra 14 de septiembre de 2001, referida a la constitución de una bolsa de trabajo.

blea de trabajadores o directamente por los empleados⁽²³²⁾, previsión matizada por la Ley 35/2010, que sólo para ciertos casos atribuye legitimación a las comisiones *ad hoc* a las que ya se ha hecho referencia.

De otro, cuando existiendo representación unitaria, quienes suscriben el convenio carecen de legitimación al efecto.

En fin, cuando la negociación con las secciones sindicales no cuente con la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.

La eficacia de estos pactos colectivos informales de empresa quedará limitada a quienes estuvieran directamente representados en su celebración, pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de negociación colectiva no supone un impedimento para acuerdos contractuales individuales⁽²³³⁾.

Carecen, por tanto, de eficacia *erga omnes*⁽²³⁴⁾, pero admiten la adhesión individual⁽²³⁵⁾ (también de trabajadores de nuevo ingreso)⁽²³⁶⁾ e, incluso, la colectiva a través de los acuerdos individuales en masa previo ofrecimiento a los sindicatos no firmantes *ab initio* de la posibilidad de adherirse con posterioridad a la totalidad del pacto extraestatutario, siempre que ello no implique el desplazamiento del convenio colectivo, en detrimento y marginación de la autonomía colectiva⁽²³⁷⁾, y no suponga una conducta antisindical respecto de determinadas organizaciones sindicales⁽²³⁸⁾.

No son fuentes de condiciones más beneficiosas que se incorporen a los contratos de trabajo individuales y deban continuar rigiendo, en cuanto tales, cuando el convenio extraestatutario agote su período de vigencia⁽²³⁹⁾.

Su aplicación, vigente un convenio colectivo, o entrando en vigor éste, sólo será posible cuando el citado pacto colectivo constituya una mejora del régimen previsto en el convenio en su conjunto y cómputo anual⁽²⁴⁰⁾, pues, en caso contrario, se entendería nulo⁽²⁴¹⁾.

Se consideran, en definitiva, manifestaciones de la negociación colectiva extraestatutaria dotada de eficacia contractual⁽²⁴²⁾, siendo necesario, como ha señalado algún pronunciamiento judicial, que sus cláusulas figuren en los hechos probados de la sentencia para ser atendidas por la Sala, pues no rige el principio *iura novit curia*⁽²⁴³⁾.

(232) STSJ Castilla-La Mancha 22 de enero de 2003.

(233) STCo 28 de junio de 1993, en referencia a ciertas gratificaciones y al plus de disponibilidad.

(234) SSTS 22 de octubre de 1993 y 10 de junio de 1998.

(235) STS 12 de diciembre de 2006.

(236) STS 19 de febrero de 2008.

(237) STS 12 de abril de 2011.

(238) STS 17 de noviembre de 2008.

(239) SSTS 11 de mayo de 2009 y 16 de junio de 2009.

(240) STS 18 de febrero de 2003 o STSJ País Vasco 10 de septiembre de 2002.

(241) STSJ Canarias/Las Palmas 28 de junio de 2002.

(242) APILLUELO MARTÍN, M.: «Acuerdos de empresa: funciones y eficacia», AS, núm. 6, 2006, BIB 2006/846.

(243) STSJ País Vasco 13 de marzo de 2001.

Revista de Derecho del Trabajo

Justicia Laboral

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. DISPOSICIONES LEGISLATIVAS DEL GOBIERNO.
2. CONVENIOS COLECTIVOS.
 - a) **Criterios de interpretación.**
 - b) **Determinación del convenio aplicable.**
 - c) **Eficacia general del convenio colectivo: revisión salarial en supuestos de crisis generalizada.**
3. ACUERDOS CON EFICACIA *ERGA OMNES*.
 - a) **Acuerdo alcanzado en conciliación previa al proceso.**
 - b) **Acuerdo de desconvocatoria de huelga.**
4. PACTO DE NO CONCURRENCIA.
5. APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO: HABILITACIÓN A LOS INTERLOCUTORES SOCIALES.
6. ELECCIÓN DE NORMA APLICABLE: NORMA MÁS FAVORABLE.
7. APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOCIALES EN EL TIEMPO.
 - a) **Sucesión normativa y principio de igualdad.**
 - b) **Principio de irretroactividad de las leyes.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica incluye las sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, recogidas en los números 9 a 11 de 2011, de la *Revista Información Laboral* (marginales J 1146 a 1375), que afectan a materias relativas a las fuentes. En estas sentencias se analizan cuestiones diversas, entre ellas, los requisitos que han de concurrir para que el Gobierno haga uso de la habilitación del art. 86.1 CE, los límites materiales que se aplican en tales casos y la primacía de las

disposiciones legislativas, que resultan de esa habilitación, sobre los convenios colectivos vigentes. Se da cuenta, también, de un grupo de sentencias que inciden sobre los convenios colectivos como fuente, en las que se insiste sobre los criterios que han de utilizarse en la interpretación de estas normas, se recuerda la doctrina sobre determinación del convenio aplicable en ámbitos empresariales en los que hay concurrencia de actividades y se reitera doctrina anterior del TS en la que se invoca la eficacia general del convenio para mantener revisiones salariales pactadas pese a los cambios sufridos en la situación económica general. Se incluye, además, una STJUE que se pronuncia sobre la posibilidad de que el convenio sea la norma estatal que incorpore al ordenamiento interno las excepciones permitidas en la normativa comunitaria. Relacionado con la eficacia *erga omnes* propia de los convenios colectivos, se analiza la eficacia de particulares acuerdos adoptados en conciliación previa, o para desconvocar la huelga. En otro grupo de sentencias, se insiste en la aplicación de la norma más favorable cuando se plantea la concurrencia del Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto Básico del Empleado Público. Y por último se abordan algunos aspectos sobre la aplicación de las normas en el tiempo, a propósito de las modificaciones sufridas en los últimos tiempos en materia de seguridad social que han afectado a los pensionistas del SOVI, y a propósito del principio de irretroactividad de las leyes en relación con la entrada en vigor de la Ley 20/2007, que aprueba el Estatuto del Trabajador Autónomo.

1. DISPOSICIONES LEGISLATIVAS DEL GOBIERNO

Varios son los aspectos, relativos al papel del RD-ley como fuente del ordenamiento jurídico laboral, que se abordan en la **SAN 114/2011, de 20 de julio [IL J 1153/2011]**. El primero, si el convenio colectivo puede ser alterado por un decreto-ley en aplicación del principio de jerarquía normativa. La duda se suscita como consecuencia de la reducción de las retribuciones a los trabajadores, que lleva a cabo la administración General del Estado a partir de la nómina de junio de 2010, en aplicación del RD-ley 8/2010, de 20 de mayo, convalidado por el Congreso de los Diputados el 27 de mayo de 2010. Para los sindicatos demandantes esta decisión vulneraba lo dispuesto en el art. 41 del ET, puesto que se impuso unilateralmente por la empresa, modificando las retribuciones pactadas en convenio colectivo, aunque el argumento que utilizan para mantener esta pretensión se centra en cuestionar la situación de extraordinaria y urgente necesidad exigida por el art. 86.1 CE. Sin embargo estos argumentos son rechazados por la SAN, para la que la reducción de las retribuciones era una decisión impuesta por lo mandado por el RD-ley 8/2010, que la Administración estaba obligada a ejecutar.

En efecto, la Sala no dudó en ningún momento que concurriese la situación de extraordinaria y urgente necesidad que justifica la actuación del Gobierno. En particular, la SAN, apoyándose en la doctrina constitucional sobre la cuestión, que reproduce con detalle, entendió que los motivos habían quedado explicitados en el RD-ley y existía una conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada. En este punto insiste sobre la concurrencia de los requisitos exigidos por la doctrina constitucional (entre otras, STC 67/2007 EDJ 2007/15052) para considerar que se estaba efectivamente ante una situación excepcional, cuya resolución era de urgente necesidad, y no entra, porque no le co-

responde, siguiendo también doctrina del TC, a juzgar sobre los criterios de oportunidad de las políticas practicadas por el Gobierno, ni sobre su mayor o menor acierto.

Sí dudó en cambio la Sala acerca de si el citado RD-ley incumplía el requisito negativo exigido por el art. 86.1 CE de no poder afectar a derechos y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I CE, al entender que la nueva redacción que el mismo daba a ciertos artículos de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, podían afectar al contenido del derecho a la libertad sindical regulado en los arts. 7 y 28 CE, en relación con el derecho de negociación colectiva regulado en el art. 37.1 CE. En definitiva lo que se plantea aquí es el ámbito material que le está vedado a esta fuente normativa.

Pues bien, tal y como se recoge en los fundamentos de la Sentencia comentada, antes de que la Sala se pronunciase, estas dudas fueron despejadas por el alto Tribunal (ATC 85/2011, 7 de junio de 2011), quien las consideró infundadas, al admitir que un convenio colectivo estatutario vigente puede modificarse mediante RD-ley. Según reiterada doctrina del TC «en la interpretación de los límites materiales del decreto-ley (ha de mantenerse) una posición equilibrada que evite las concepciones extremas, de modo que la cláusula restrictiva del art. 86.1 CE (“no podrá afectar”) debe ser entendida de modo que no reduzca a nada el decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual» (STC 1983, de 4 de febrero). Por ello lo que está vedado al decreto-ley es la regulación del «régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I CE», o que «se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos» (STC 111/1983, de 2 de diciembre), de modo que el decreto-ley «no puede alterar ni el régimen general ni los elementos esenciales» de los derechos, deberes y libertades del Título I CE (por todas, SSTC 182/1997, de 28 de octubre, 137/2003, de 3 de julio, 108/2004, de 30 de junio, 189/2005, de 7 de julio).

En definitiva, los preceptos modificados por el RD-ley 8/2010 no regulan el régimen general del derecho a la negociación colectiva, ni nada disponen sobre la fuerza vinculante de los convenios colectivos, por lo que, acatando la interpretación realizada por el TC, ha de concluirse que la reducción retributiva impuesta por la Administración General del Estado no vulneró lo dispuesto en los arts. 7, 28.1, 37.1 y 86.1 ET, ni el art. 41 ET, ya que la Administración General del Estado está sometida a la ley y al derecho, estando obligada a aplicar la reducción impuesta resultante de la modificación que el RD-ley lleva a cabo sobre la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En idénticos términos se pronuncia la **SAN 115/2011, de 20 de julio (ILJ 1141/2011)** también respecto de la reducción de las retribuciones de sus trabajadores, que lleva a cabo la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a partir de la nómina de junio de 2010, en aplicación igualmente del RD-ley 8/2010, de 20 de mayo.

Sobre la constitucionalidad del RD-ley 8/2010 y su aplicación sobre el convenio colectivo también incide la **SAN 132/2011, de 22 de septiembre (IL J 1268/2011)**, que recoge a su vez la doctrina de la Sala sobre las relaciones entre ley y convenio, sintetizadas en la SAN de 10 de mayo de 2010 (EDJ 2010/53028), en la que se recuerda que el convenio colectivo es una norma que sólo tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia en el campo de juego establecido por la ley, lo que tiene especial incidencia en las relaciones laborales de las Administraciones Públicas. Un argumento utilizado también por el TC al aceptar la

limitación en los incrementos salariales que afecten al personal de la Administración Pública (citando entre otras SSTC 58/1985 y 63/1986). Y se acoge el criterio reiterado y pacífico de la jurisprudencia (por todas STS de 20 de diciembre de 2007, RDJ 2007/344053) sobre «la primacía de la Ley en aquellos extremos que tienen carácter inderogable, inalterable e disponible» de manera que «las normas promulgadas por el Estado con carácter de derecho necesario penetran, por imperio de la ley, en la norma paccionada ya creada», lo que permite concluir que el art. 37.1 CE no se vulnera por la entrada en vigor de una ley que repercute sobre los convenios colectivos que entonces sean vigentes.

Sin perjuicio de lo anterior, en este caso la AN entendió que el RD-ley en cuestión no era aplicable a una sociedad mercantil pública empleadora porque no se ha demostrado que ésta esté en su ámbito de aplicación, al no recibir cantidad alguna de los presupuestos generales, condición necesaria para que se integre en el sector público, de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.1.g) de la Ley 26/2009.

2. CONVENIOS COLECTIVOS

a) Criterios de interpretación

Sobre cómo la naturaleza del convenio colectivo condiciona los criterios de interpretación que deban utilizarse en su aplicación se pronuncia la **STS de 3 de octubre de 2011 (IL J 1366/2011)**, que reitera doctrina de la Sala (STS de 21 de octubre de 2010, rcud. 1075/09, STS 11 de noviembre de 2010, rec. 234/2009) en la que se mantiene que «el carácter mixto del Convenio colectivo —norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa— determina que su interpretación haya de atender tanto a las reglas legales propias de las normas jurídicas (arts. 3 y 4 Cc) como aquellas otras que disciplinan la hermenéutica de los contratos (arts. 1281 a 1289 Ccivil)... Por ello, la interpretación de los convenios ha de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes, lo que confiere especial relevancia al Tribunal *a quo* ante el que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes».

Sobre los criterios de interpretación del convenio colectivo se pronuncia también la **STS de 20 de junio de 2011 (IL J 1158/2011)**, cuya cuestión central no obstante se analiza en el apartado siguiente de esta crónica. Por lo que ahora interesa en esta sentencia se defiende la aplicación de las normas del Código civil sobre interpretación de normas y contratos.

A la interpretación del convenio y en particular a la prohibición legal de diferencias de trato injustificadas, entre trabajadores temporales e indefinidos, como criterio de interpretación auténtico hace referencia la **STSJ de Andalucía 1432/2011, de 24 de mayo (IL J 1192/2011)**. El problema se había planteado porque la empresa mantenía que las previsiones convencionales impedían el acceso al concurso-oposición convocado a los trabajadores temporales con un año de antigüedad en la empresa, y a los trabajadores relevistas. Respecto de los primeros porque el convenio sólo hacía referencia, para el acceso a plazas en una bolsa de empleo, a personal de nuevo ingreso con los niveles de preparación adecuados (lo

que a su juicio excluía a los temporales con más de un año de antigüedad) y respecto de los segundos porque el convenio prohibía la transformación de su contrato en indefinido.

La Sentencia mantiene que el establecimiento de diferencias entre trabajadores fijos y temporales vulnera la normativa general en la materia que prohíbe toda diferencia injustificada entre unos y otros, salvo las que se deriven de la duración del contrato (art. 15.6 ET y Directiva 99/70/CE, de 28 de junio). Con este mandato, entiende el Tribunal, el «legislador establece un instrumento de interpretación auténtico garantía de derecho necesario frente a cualquier disposición que se le oponga»; criterio corroborado por el Tribunal Supremo, que mantiene una línea interpretativa expresiva de que el principio de igualdad de trato no justifica la exclusión, en el ámbito de aplicación de los convenios colectivos, de los trabajadores temporales, ni la determinación, en la norma paccionada, de condiciones de trabajo diferentes no justificadas por la temporalidad del vínculo (SSTS de 6 de julio de 2000, 3 de octubre de 2000 y 7 de octubre de 2002).

Por ello la interpretación adecuada del convenio, según el TSJ de Andalucía, es la que mantiene que la prohibición que se menciona en el mismo, de transformación del contrato del relevista, no debe impedir la participación de éste en un proceso selectivo como el que se trata en este procedimiento. De igual modo que las referencias del art. 11 del Convenio al personal de nuevo ingreso, y en particular a los requisitos que este personal ha de cumplir, no deben excluir a los temporales de la posibilidad de concurrir a estas pruebas de capacitación para ingresar a la empresa.

b) Determinación del convenio aplicable

Aunque sólo de pasada la STSJ de Cataluña 3120/2011 (IL J 1166/2011) recuerda la doctrina jurisprudencial sobre unidad de empresa que obliga a resolver la determinación del convenio aplicable, en el caso de empresas con actividades que por sí solas pudieran estar comprendidas bajo la cobertura de convenios distintos, conforme al criterio de la actividad prevalente.

c) Eficacia general del convenio colectivo: revisión salarial en supuestos de crisis generalizada

La STS de 12 de julio de 2011 (IL J 1284/2011), que estima el recurso de casación para unificación de doctrina formulado por un sindicato frente a una STSJ de Madrid, se centra en determinar las consecuencias que en la interpretación de un precepto convencional que remite, en sus reglas sobre revisión salarial, a la previsión del Gobierno sobre el IPC anual, puede tener la falta de esa previsión para el año 2009.

Como la cuestión debatida ya ha sido resuelta por la Sala, el TS en esta ocasión se limita a reiterar y reproducir esa doctrina según la que el concepto de IPC previsto... ha de equipararse al parámetro utilizado en la Ley 2/2008, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, en donde, si bien no hay declaración formal —la previsión del Gobierno sobre incremento anual del IPC no se produce desde la Ley 23/2001, de Presupuestos Generales del Estado para 2002—, se pone en evidencia una previsión en relación a la revalorización de pensiones públicas. Y a tenor del art. 82. 3 ET, incluso en situación de crisis económica

generalizada, el precepto convencional obliga a la empresa a su cumplimiento mientras mantenga su vigencia, salvo que alcance un acuerdo expreso con los representantes de los trabajadores.

3. ACUERDOS CON EFICACIA *ERGA OMNES*

a) Acuerdo alcanzado en conciliación previa al proceso

La cuestión que se discute en la **STS de 20 de junio de 2011 (IL J 1158/2011)** es la eficacia que ha de reconocerse al acuerdo alcanzado en el necesario trámite de conciliación previa al proceso, cuando contraviene lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable. La duda es si la referida avenencia tiene —o no— la eficacia personal general y los efectos normativos atribuidos a los convenios colectivos por el art. 82 ET.

La sentencia de instancia entendió que el acuerdo no podría tener eficacia general porque contravenía las estipulaciones del convenio colectivo de empresa, mientras que para la empresa recurrente la avenencia alcanzada en el acto de conciliación, además de ofrecer la interpretación auténtica sobre la disposición convencional objeto de debate, debe tener la misma eficacia atribuida a la negociación colectiva estatutaria. Y cita en apoyo la STS de 4 de diciembre de 2000.

Para la sentencia comentada, que desestima el recurso planteado, sólo se puede atribuir al acuerdo la eficacia jurídica normativa y la personal general que la empresa postula, cuando la avenencia se ha alcanzado entre quien ejercita activamente la acción colectiva y quien o quienes pueden y, de prosperar ésta, deben soportar sus resultados. Pero esto no es lo que había sucedido en este caso, en el que uno de los sindicatos implicados no suscribió el acuerdo, pese a haber sido citado y haber comparecido. En ese caso la conciliación judicial no produce efecto excluyente de la cosa juzgada sobre otra posterior demanda colectiva de la misma naturaleza interpuesta por otra entidad sindical, por más que coincida el objeto de ambas pretensiones y por más que el sindicato que suscribió el acuerdo hubiera actuado a favor de toda la plantilla (STS de 13 de octubre de 1995, rec. 1045/95). De la misma forma, tampoco cabe atribuirle los efectos del art. 145 LPL.

b) Acuerdo de desconvocatoria de huelga

Por otra parte, la eficacia que deba atribuirse a un acuerdo de desconvocatoria de una huelga ha sido la cuestión discutida en la **STS de 27 de junio de 2011 (IL J 1272/2011)**. La respuesta depende, según esta sentencia, de la interpretación que deba hacerse del art. 8.2 RD-ley 17/1977, según el que «... el pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo». En concreto, la duda se plantea en torno a si dicha eficacia es incondicionada en el tiempo y respecto de cualquier circunstancias (como mantenía la sentencia recurrida) o por el contrario está condicionada a que se incorporen al texto del futuro convenio que se negocie una serie de acuerdos que en definitiva desencadenaron la desconvocatoria de huelga (como defiende la parte recurrente).

En este caso el citado acuerdo constaba de varios extremos: Primero desconvocar la huelga... Segundo incorporar al futuro texto del I Convenio colectivo del sector una serie

de acuerdos (salariales, horas extraordinarias, jornada laboral, descanso semanal y otros acuerdos sobre compensación y absorción, garantías personales y kilometraje y compromiso sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo).

El TS mantiene que «frente a la voluntad de las partes, claramente expresada, se alza la realidad del mandato del art. 8.2 del RD 17/1977, de 4 de marzo, que por imposición del art. 6.3 Ccivil y dado su carácter de norma imperativa se sobrepone a la cláusula condicional acordada por las partes privándola de eficacia».

4. PACTO DE NO CONCURRENCIA

La **STSJ Cataluña 3259/2011, de 11 de mayo (IL J 1175/2011)** se pronuncia sobre los efectos jurídicos que derivan de la declaración de nulidad de un pacto de no concurrencia firmado entre las partes al inicio de la relación laboral. En concreto desestima el recurso de suplicación planteado por el trabajador demandado contra la sentencia de instancia que, estimando la demanda interpuesta por la empresa, condenó a aquel a pagar la cantidad percibida en compensación económica por el pacto de no concurrencia cuya nulidad se declaraba.

La sentencia de instancia había considerado radicalmente nula la cláusula contractual, al considerar que la prestación económica de 750 euros mensuales que preveía no era adecuada para compensar al trabajador. En consecuencia había concretado las consecuencias legales de dicha nulidad en la obligación del trabajador de devolver íntegramente las retribuciones percibidas en virtud de la contraprestación establecida en la parte no válida del contrato, aplicando, sin más, el art. 9.1 ET según el que «si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, la jurisdicción competente... hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones». El trabajador en cambio sostiene que no está obligado a devolver a la empresa ninguna de las cantidades percibidas durante la vigencia de la relación laboral en concepto de compensación por el pacto de no concurrencia declarado nulo. Y lo hace invocando el art. 1306 Código civil según el que cuando la nulidad derive de causa «torpe» (ilícita, según SSTS de 17 de octubre de 1987, 24 de marzo de 1995 y 24 de octubre de 2006), si la culpa está de parte de los contrayentes «ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado en virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiera ofrecido».

La STSJ de Cataluña confirma que el pacto es, como se ha dicho, nulo en sí mismo y desde el momento en que se origina, y los efectos legales de esa declaración de nulidad operan con independencia del motivo que luego pueda dar lugar a la extinción de la relación laboral. Es la jurisdicción competente que declara la nulidad del pacto la encargada de hacer el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión, en todo o en parte, de tales condiciones y retribuciones. Y no se pronuncia sobre la concreta causa de nulidad apreciada por la sentencia de instancia, relacionada con la cuantía de la compensación económica prevista para el trabajador, al considerar que se trata de un pronunciamiento firme, pues no se ha recurrido en suplicación. Por último no se declara aplicable en este caso la doctrina sentada en la STS de 10 de febrero de 2009 (rcud. 2973/2007) que se invoca en el recurso (que por cierto había rechazado la aplicación directa del art. 1306 Ccivil y mante-

nido la prioridad aplicativa del citado art. 9.1 ET), pues la nulidad (en este caso parcial) del pacto se había declarado porque su plazo de vigencia excedía del máximo legal en función de la categoría profesional del trabajador. Recuérdese que en este otro supuesto los efectos que se habían atribuido al incumplimiento del pacto se habían concretado en la devolución de la compensación económica percibida en proporción al tiempo incumplido.

5. APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO: HABILITACIÓN A LOS INTERLOCUTORES SOCIALES

El problema que se plantea la **STJUE de 13 de septiembre de 2011 (IL J 1151/2011)** es si es acorde con la interpretación que ha de darse a la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, una cláusula de un convenio colectivo nacional que establece la extinción automática de las relaciones laborales de los pilotos a la edad de 60 años, con el objetivo de garantizar la seguridad del tráfico aéreo. Y ello pese a que las normativas nacional e internacional fijan la edad máxima para que los pilotos puedan ejercer su actividad profesional en 65 años. La duda está en si esa previsión convencional puede apoyarse en el art. 2.5 de la Directiva que deja abierta la posibilidad de que la legislación nacional pueda incorporar excepciones a la igualdad de trato (medidas necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos) y, más en particular, si puede integrarse en esa referencia la «legislación nacional» a que alude la mencionada Directiva. Una vez aclarada esta cuestión lo que se ha de resolver es si incorpora una excepción a la igualdad de trato (al prever para un colectivo de trabajadores determinado una jubilación obligatoria antes de la edad) conforme con lo que disponen a su vez los arts. 4.1 y 6.1 de la Directiva.

Por lo que se refiere al primer aspecto, el Tribunal de Justicia declara que el art. 2.5 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros pueden autorizar a los interlocutores sociales, mediante normas de habilitación, a adoptar medidas, en el sentido del artículo 2, apartado 5, en las materias mencionadas en dicha disposición que pertenezcan al ámbito de la negociación colectiva, siempre que esas normas de habilitación sean suficientemente precisas para garantizar que respetan las exigencia enunciadas en la Directiva. Dicho esto, la sentencia rechaza que fijar la edad de jubilación de los pilotos en 60 años, cuando las normativa nacional e internacional la fijan en 65 años, sea una medida necesaria para la seguridad pública y la protección de la salud. La seguridad aérea no constituye un objetivo legítimo que autorice esa medida y la adecue a los términos del art. 6.1 de la Directiva, según el que no constituye discriminación una diferencia de trato por razones de edad, justificada objetiva y razonablemente en el marco del Derecho nacional. En definitiva, la naturaleza de la actividad profesional en cuestión no excluye el carácter discriminatorio de esa diferencia de trato.

6. ELECCIÓN DE NORMA APLICABLE: NORMA MÁS FAVORABLE

La STSJ Aragón 342/2011, de 18 de mayo (IL J 1183/2011) se plantea la articulación del Estatuto de los Trabajadores y del Estatuto Básico del Empleado público en materia de

suspensión del contrato por adopción o acogimiento. En concreto, lo que se discute es si esa articulación implica la acumulación en un mismo trabajador, que presta servicios en régimen laboral para ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias), de los permisos que por tales motivos reconocen ambos textos normativos, en particular en lo que se refiere a las reglas aplicables a la adopción internacional (arts. 48 ET y 49 EBEP).

Mantiene en este caso el Tribunal que la articulación normativa de ambas normas no debe dar lugar a duplicidades. Por ello, rechaza la acumulación de permisos. Habrá que aplicar la norma más favorable. En estos casos el art. 48 ET. Se rechaza a su vez «el espiguelo normativo» para conseguir la coexistencia, por la sola voluntad de las partes, de dos normativas distintas eligiendo en un concreto extremo la más favorable (en los términos del STS de 8 de junio de 2006, núm. rec. 67/2008).

En definitiva se acoge así la línea jurisprudencial seguida por el TS entre otras en su STS de 8 de junio de 2008 (rec. 67/2009), cuyo criterio ha sido asumido en unificación de doctrina por la **STS de 12 de septiembre de 2011** (IL J 1345/2011), que concreta el orden de prelación y jerarquía que haya de regir la compatibilidad entre la legislación laboral y el EBEP en lo que se refiere a su aplicación al personal laboral en el ámbito público, que en ningún caso supone acumulación de permisos fijados para un mismo supuesto, «de suerte que de lo que se trata es de alcanzar el resultado mínimo de la legislación integrada por el EBEP y por las normas laborales, pero no de sumar una y otra cuando incidan sobre un mismo derecho».

7. APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOCIALES EN EL TIEMPO

a) Sucesión normativa y principio de igualdad

La cuestión que se discute en la **STS de 18 de julio de 2011** (IL J 1289) consiste en determinar si, tras la redacción dada a la Disposición Transitoria 7.ª de la LGSS, por la Ley 9/2005, de 6 de junio, cabe interpretar que la extensión del principio de compatibilidad, que establece en beneficio de las pensiones de viudedad (del sistema de la seguridad social) respecto de las pensiones del extinto Régimen del SOVI, puede convertirse en una regla interna de compatibilidad entre las pensiones del propio SOVI, pese a que el art. 1 de la OM de 10 de agosto de 1957 establece la incompatibilidad entre sí de las prestaciones del SOVI.

La sentencia recurrida en casación para unificación de doctrina dio una respuesta afirmativa atendiendo a la finalidad legislativa. En concreto mantuvo que la letra de la norma admitía interpretaciones, y su finalidad aconsejaba reconocer la compatibilidad con cualquier pensión de viudedad, sin excluir la del SOVI. Esta solución era más acorde con la eficacia del principio de igualdad y consecuencia de la Ley 9/1995, que por ser posterior, y superior en rango, debe prevalecer, aunque sin impedir la aplicación de la OM de 1957, cuando no colisiona con ésta.

La sentencia de contraste en cambio adopta la solución desestimatoria de la compatibilidad pretendida concluyendo que:

- 1.º La OM de 1957 establece la regla general de incompatibilidades.

- 2.º La Ley 9/2005 flexibilizó el sistema, permitiendo la percepción de una pensión del SOVI y de una pensión de viudedad con la particularidad de que esta última debe reconocerse en cualquiera de los regímenes del sistema de la Seguridad Social o de Clases Pasivas.
- 3.º El carácter residual de las pensiones del SOVI permite afirmar su no inclusión en el sistema de la Seguridad Social.
- 4.º La disposición transitoria séptima de la LGSS en su redacción actual impide compatibilizar las pensiones de vejez y las de viudedad si ambas corresponden al SOVI.

Y esta es la doctrina que acoge el TS al estimar el recurso de casación para unificación de doctrina planteado. En tal sentido se advierte que aunque la Ley 9/2005 ha modificado efectivamente la Orden de 10 de agosto de 1957 en lo que se refiere al requisito de no haber causado derecho a otra pensión en el nuevo sistema de la Seguridad Social, al añadir una excepción que excluye de ese «derecho a otra pensión» del sistema a las pensiones de viudedad, ello no afecta a la regla general de incompatibilidad del art. 1 de la Orden del 57, que declara la incompatibilidad de las pensiones del SOVI entre sí, que no ha sido derogada, ni de forma expresa ni tácitamente, por los cambios normativos descritos (en la Disposición transitoria 7.ª).

Y en nada afecta esta solución al principio de igualdad en razón de sexo. En este sentido el TS recuerda que la «igualdad podría ciertamente considerarse desde la perspectiva de la sucesión normativa desde el momento en que el SOVI es más severo en materia de compatibilidad que el que rige en el sistema de la Seguridad Social», pero como ha aclarado el TC, el art. 14 de la CE «no impide que a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo», y que «el principio de igualdad ante la Ley no exige que todas las situaciones, con independencia del tiempo en que se originaron o en que se produjeron sus efectos, deban recibir un tratamiento igual por parte de la Ley» (STC 88/1981).

No obstante, esta sentencia tuvo el voto particular de dos de los magistrados, que sostenían la posición mantenida durante la deliberación, favorable a la desestimación del recurso al considerar que, tras la redacción dada a la Disposición transitoria 7.ª de la LGSS efectuada por la Ley 9/2009, cabe interpretar que la extensión del principio de compatibilidad que establece en beneficio de la pensión de viudedad comporta su aplicabilidad al supuesto ahora debatido, y que esta Ley ha derogado la norma de rango inferior contenida en el art. 1 de la OM de 1957 que establecía la incompatibilidad entre sí de las pensiones del SOVI. Defiende, en fin, para este caso, análoga interpretación a la efectuada por esta Sala en el tema de la aplicación de la cotización asimilada por días de parto al régimen SOVI a propósito de su integración en el término «cualquier régimen de la Seguridad Social» empleado en la Disposición Adicional 44 LGSS, introducida por la LO 3/2007 (SSTS de 21 de diciembre de 2009, rcud. 201/2009, y 426/2009, dictadas en Sala General y seguidas por otras posteriores, entre ellas de 19 de enero de 2010, rcud. 2035/2009, 18 de febrero de 2010, rcud. 2217/2009, 2 de marzo de 2010, rcud. 945/2009, y 7 de diciembre de 2010, rcud. 1046/2010).

b) Principio de irretroactividad de las leyes

La cuestión planteada en la **STS de 12 de julio de 2011 (IL J 1285/2001)**, relativa a si es la jurisdicción social la competente para resolver la pretensión objeto de demanda, exige determinar si la contratación de un trabajador autónomo antes de la Ley 20/2007, de 11 de julio, pudiera estar sujeta a esta normativa, desde cuándo y con qué requisitos formales.

La sentencia recurrida en casación para unificación de doctrina rechazó la competencia del orden jurisdiccional social al entender que el contrato era anterior a la Ley 20/2007 y por tanto no pasaba a regularse por ella hasta el desarrollo reglamentario de la institución del trabajador autónomo dependiente, además de que entendió que el contrato se había extinguido antes de su novación como contrato sujeto a la nueva normativa. La sentencia de contraste, en cambio, entendió, en un supuesto similar, que bastaba que se cumplieran las condiciones del art. 11 de la Ley 20/2007 para que existiera un contrato de TRADE, sin que fuera necesario ningún requisito formal, ni que transcurriera periodo transitorio alguno, lo que la llevó a estimar la competencia del orden jurisdiccional social.

El TS desestima el recurso al entender que el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, en el que tiene su base el principio de irretroactividad de las leyes, que establece el art. 2.3 Código civil, impide en principio aplicar la Ley 20/2007 a los contratos celebrados antes de su vigencia, contratos que en principio se siguen regulando por la norma vigente al tiempo de estipularlos. La irretroactividad juega siempre que la nueva Ley no disponga lo contrario. En el presente caso la nueva Ley ha previsto en sus normas de derecho intertemporal la adaptación de los contratos celebrados antes de su vigencia en un periodo de tiempo computable desde la entrada en vigor de los reglamentos para su aplicación, durante el que cualquiera de las partes podría rescindir la relación libremente. Hasta que esa novación se produzca los contratos vendrían regulados por la normativa civil o mercantil. Así lo imponen los principios de irretroactividad de las leyes y de especialidad que comporta el que la retroactividad de las normas venga regulada y limitada por la Ley que rompe el principio general de irretroactividad. La aplicación de estos principios al presente caso nos lleva a concluir que el contrato existente entre las partes litigantes no perdió la naturaleza que tenía ni por tanto adquirió la de TRADE con la publicación de la Ley 20/2007.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 12 de julio de 2011 (IL J 1283/2011)**. No obstante, ambas sentencias tienen un voto particular formulado por la misma Magistrada en idénticos términos, que sostiene que la decisión correcta era la mantenida en la sentencia de contraste.

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

II. TRABAJADOR

SUMARIO^(*)

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

A) *Presupuestos sustantivos.*

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

B) *Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones.*

2. *SUPUESTOS INCLUIDOS.*

A) *Trabajadores a domicilio.*

B) *Contratos de grupo.*

C) *Relaciones laborales de carácter especial.*

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

D) *Otros: Abogados en despachos profesionales.*

3. *SUPUESTOS EXCLUIDOS.*

A) *Relaciones funcionariales y estatutarias.*

B) *Prestaciones personales obligatorias.*

C) *Administradores sociales.*

D) *Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad.*

E) *Trabajos familiares.*

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

F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo.

G) Trabajos de colaboración social.

4. ZONAS GRISES.

A) Transportistas.

B) Personal contratado en Administraciones Públicas.

C) Autónomos.

D) Profesiones liberales.

E) Socios empleados.

F) Arrendatarios y aparceros.

G) Toreros.

H) Religiosos.

I) Trabajadores extranjeros.

J) Otros.

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.

A) Trabajador por cuenta ajena.

a) Familiares.

b) Extranjeros.

B) Inclusiones por asimilación.

a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas.

b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares.

c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado.

d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local.

e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesiásticas.

f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales.

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

h) Funcionarios en prácticas.

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

j) Miembros de las corporaciones locales.

k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas.

l) Otros.

C) Exclusiones.

a) Servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad.

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

c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social.

6. TRABAJADORES SOMETIDOS A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

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

En el siguiente supuesto de hecho la relación fue calificada formalmente como de agencia. De los hechos probados se desprende que las funciones de la actora no eran funciones de mediación de seguros y el Tribunal Supremo, en aplicación de su doctrina acerca de que los contratos son lo que son con independencia de la denominación asignada por las partes, concluye que se trata de una relación laboral.

STS de 21 de junio de 2011 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 2355/2010) IL J 1249/2011.

1. El caso analizado tiene por objeto la calificación jurídica de la relación establecida mediante un contrato de agencia entre la actora, de alta en el RETA, y una entidad aseguradora.

Las funciones de la actora, que ocupaba el cargo de «mantenedor de zona», consistían principalmente en el cobro a domicilio de los recibos correspondientes a pólizas de seguro. Para dicha labor, la actora recibía mensualmente de la entidad aseguradora los recibos de cuyo cobro debía ocuparse en la zona que tenía asignada, ingresando el dinero en la cuenta bancaria de la empresa y acudiendo mensualmente a la compañía a entregar los recibos devueltos.

Esporádicamente, y con motivo del cobro de aquellos recibos, la actora realizaba otras funciones accesorias como aclarar dudas de los clientes sobre las pólizas, conseguir la suscripción de otros productos de la compañía por parte de los mismos clientes, sus familiares o vecinos, o gestionar incidencias correspondientes a las pólizas vigentes.

Es preciso señalar que si existían quejas por parte de los clientes, la empresa llamaba la atención a la demandante. Asimismo, las causas de las bajas de los clientes debían ser justificadas por la actora al director de la entidad, quien se ocupaba de validarlas y le impartía las oportunas instrucciones al respecto.

Por otra parte, la actora debía acudir a las instalaciones de la empresa lunes, miércoles y viernes de una semana, y martes y jueves de la siguiente, disponiendo allí de materiales de trabajo (mesa y teléfono) propiedad de la entidad aseguradora que compartía con otros mantenedores de zona. Asimismo, era convocada a reuniones periódicas en la empresa en las que se le facilitaba información sobre los productos de la compañía y sesiones de formación.

En cuanto a los ingresos percibidos por la actora con motivo de la prestación de servicios, la misma percibía una cantidad fija de 250 euros mensuales, un importe variable como comisión sobre los cobros efectuados, y otra comisión sobre otras operaciones, teniendo garantizado un mínimo (por fijo y comisiones de cobro) de 1.500 euros mensuales.

El caso se plantea cuando la entidad aseguradora toma la decisión de rescindir el contrato de agencia ofreciendo a la demandante una indemnización por la falta de preaviso.

Ante dicha resolución, la actora presenta una demanda por despido ante el Juzgado de lo Social, centrándose el debate en la naturaleza jurídica de la relación extinguida (laboral o mercantil).

2. Inicialmente, la sentencia del Juzgado de lo Social desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la entidad aseguradora, estimando íntegramente la demanda y declarando la improcedencia del despido sufrido por la actora.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en sentencia de 9 de mayo de 2007, confirmó la sentencia de instancia considerando igualmente la improcedencia del despido y rechazando la excepción de falta de jurisdicción opuesta por la aseguradora demandada.

Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2011 analizada, tras realizar el correspondiente juicio de contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada de contraste, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad aseguradora, calificando de laboral la relación mantenida entre la actora y la compañía demandada con base en las siguientes consideraciones:

a) Si bien formalmente se suscribió un contrato de agente afecto, en la práctica no existió una relación mercantil de agencia de seguros definida en el artículo 10 de la Ley 26/2006, puesto que la misma no tenía por objeto una actividad de mediación entre los tomadores de seguros y la entidad aseguradora tal y como se define en el artículo 2.1 del citado texto legal, sino que la actividad fundamental de la actora era la del cobro de recibos de pólizas de seguro, llevando a cabo otras funciones únicamente con carácter complementario y secundario, entre las que ocasionalmente se daba la suscripción de productos de la compañía entre los propios clientes afectados por el cobro.

b) Descartada la existencia de una exclusión del ámbito laboral, la sentencia pasa a analizar la concurrencia de las notas propias de una actividad laboral por cuenta ajena definida en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, llegando a la conclusión de que en el caso analizado concurre la existencia de un trabajo prestado con ajenidad y dependencia.

De esta forma, en cuanto a la nota de ajenidad, era la entidad aseguradora la que, mediante una cesión anticipada, se apropiaba de la unidad patrimonial del trabajo prestado por la actora a cambio de una retribución con una garantía de unos ingresos fijos, sin asumir la actora los riesgos de la actividad desempeñada.

En cuanto a la dependencia, resultaba asimismo apreciable en tanto en cuanto a pesar de que no existía una determinada jornada ni un horario, la aseguradora encargaba mensualmente la zona de trabajo y las labores a desempeñar en la misma por parte de la actora, quien estaba obligada a justificar las bajas de los clientes ante la dirección, recibiendo las oportunas instrucciones de trabajo en este sentido, y era amonestada si existían quejas de los clientes. Asimismo, la compañía requería a la mantenedora de zona que acudiera a la empresa a reuniones periódicas y recurrentes de coordinación y a sesiones formativas.

c) Por último, la sentencia del Tribunal Supremo va a analizar las sentencias que fueron alegadas por la entidad aseguradora demandada para sostener el carácter mercantil de la relación mantenida con la actora.

Así, va a concluir que ninguna de las sentencias citadas eran aplicables al supuesto enjuiciado, puesto que en ninguna de ellas existía, como en el presente caso, una actividad

principal de carácter administrativo como es el cobro de recibos a la que se añade de forma esporádica y subsidiaria una actividad de mediación, sino que en aquellos casos la actividad principal era la de mediación de seguros.

3. Coincidimos plenamente con la postura mantenida por la sentencia comentada, toda vez que si bien la relación fue calificada formalmente como de agencia, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo, los contratos son lo que son con independencia de la denominación asignada por las partes. Así, en el presente caso, de los hechos probados de la sentencia se desprende claramente que las funciones de la actora no eran funciones de mediación de seguros tal y como se definen en el artículo 2.1 de la Ley 26/2006 (esto es, actividades consistentes en la presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro o de reaseguro, o de celebración de estos contratos, así como la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro).

Por el contrario, en el presente caso, lo que existía era una función principal de cobro de recibos de pólizas de seguros, sin perjuicio de que dicha labor se complementara accesoriamente y esporádicamente con actividades de mediación, máxime si tenemos en cuenta que dicha mediación se producía en relación con el propio círculo de los afectados por el cobro.

Así pues, descartada la existencia de una relación de agencia de seguros definida por la Ley 26/2006 como de carácter mercantil, el análisis de los hechos lleva a concluir que existía una relación laboral por cuenta ajena, bajo la dependencia y subordinación de la entidad aseguradora.

De esta forma, la sentencia continúa con la línea doctrinal de sentencias previas del Tribunal Supremo como la de 19 de febrero de 2003, que acoge la jurisprudencia ya consolidada (sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2002, 26 de mayo de 2006 o 20 de noviembre de 2007) sobre la relación laboral de los subagentes de seguros, que realizan principalmente funciones de cobro de primas como las realizadas por la actora en régimen de ajenedad y dependencia.

STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2011(Recurso de Suplicación núm. 11/2011), IL J 1187/2011.

1. El actor, demandante en instancia, comenzó en 2004 a prestar sus servicios para la mercantil SERIGRAFÍA PIONES. No obstante, el actor no tenía contrato escrito ni estaba dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Los servicios del trabajador consistían en la captación de clientes y en la obtención de contratos o ventas para su empresa. Por dichos servicios el actor emitía facturas a la mercantil por un importe medio mensual de más de 9.000 €. De los cuales, 1.200 € eran ingresados por la empresa mediante transferencia bancaria en una cuenta del padre del actor designada por el propio actor.

El actor carecía de infraestructura propia para prestar sus servicios. Para realizar su trabajo conducía un vehículo facilitado por la empresa, siendo abonado el seguro del mismo también por la mercantil recurrente. Además, el actor disponía de un teléfono móvil y de una tarjeta visa de empresa. El actor acudía a las dependencias de la empresa aunque no diariamente ni en un horario fijo determinado. Cuando acudía a la sede de la empresa usaba

los materiales y mobiliario de la empresa aunque no ha quedado acreditado que tuviera asignado un despacho individual.

En los meses previos a la terminación de la relación que unía a ambas partes el actor sufrió un problema de toxicomanía que le impidió prestar sus servicios para la empresa. Finalmente la relación del actor quedó extinguida, siendo requerido el trabajador para que entregara los medios de producción facilitados por la empresa.

2. Ante el requerimiento empresarial el actor interpuso demanda por entender que se le había despedido improcedentemente. Reclamaba la indemnización correspondiente o la readmisión en su puesto de trabajo.

La demanda es estimada por el juzgado de lo social al entender que nos encontramos ante una relación laboral prestada en régimen de ajenidad y dependencia. La empresa recurre por entender que los servicios del actor no se prestaban en régimen de ajenidad y dependencia. Por tanto, entiende la empresa que no ha lugar a entender que se produjo un despido sino la finalización de una relación mercantil. En consecuencia, no corresponde imponer a la mercantil recurrente el pago de los salarios de tramitación y la obligación de elegir entre la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo o el abono de la indemnización correspondiente.

El recurso de la empresa pretende la revisión de los fundamentos de hecho y la reconsideración del carácter laboral de la relación que unía a las partes.

En primer lugar, la empresa pretende que se incorpore al relato fáctico que el actor compró películas durante el horario habitual que tiene una jornada de trabajo ordinaria. Dicha petición no merece la acogida del Tribunal. La precisión es superflua pues el conflicto jurídico versa sobre el carácter laboral o no laboral de la relación y sobre si la extinción se produjo por dimisión del trabajador o por el despido acometido por el empleador.

La segunda revisión más relevante pero considerada también innecesaria por el Tribunal pretende dejar constancia de que el trabajador prestó sus servicios para otra empresa una vez finalizada la relación laboral. Su adición es innecesaria porque la sentencia de instancia ya recoge que deberán descontarse de los salarios de tramitación los salarios percibidos por otras empresas una vez finalizada la relación con la mercantil.

En último lugar, la mercantil pretende desvirtuar que la prestación de servicios se realizara en régimen de ajenidad y dependencia. No merece tampoco el acogimiento de la sala por entender que el relato fáctico no permite entender que nos encontramos ante un contrato de agencia. Dicho contrato se caracteriza por que el trabajador presta sus servicios de intermediación en un régimen mercantil, asumiendo el propio trabajador el riesgo y ventura de su actividad, disponiendo de sus propios medios materiales y de su propia organización al margen de la empresa. Por el contrario, nos encontramos ante una prestación de servicios por cuenta ajena y dependiente en la que el trabajador no es el dueño de los medios de producción requeridos para el desempeño de su actividad, y mucho menos incorpora directamente a su patrimonio los beneficios de su actividad.

3. Debe ser compartido el fallo del juzgado de instancia ratificado por el Tribunal Superior de Justicia. Es innegable que el actor gozaba de una gran margen de independencia a

la hora de organizar su trabajo que puede hacernos dudar de si la actividad se desarrollaba en régimen de dependencia.

Similares argumentos deben mencionarse respecto de la identificación en el presente caso del requisito de la ajenidad. Es cierto que la existencia de un salario variable de tanta cuantía y que *a priori* fluctúe mensualmente podría hacernos inferir que la prestación de servicios no se realiza en régimen de ajenidad.

Sin embargo, tanto en el caso de la dependencia como en el caso de la ajenidad, debemos recordar que es jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo que los rasgos de ajenidad y dependencia se pueden encontrar sumamente flexibilizados en las relaciones laborales contemporáneas. Es, sin duda, el caso ante el que nos encontramos.

El objeto de la prestación laboral del trabajador hace que el trabajador disfrute de un amplio margen de libertad a la hora de organizar su trabajo para tener los mejores resultados. Como elemento dinamizador y potenciador de su rendimiento la empresa ha configurado un salario variable en función de unos objetivos. Pero ambas situaciones no excluyen el carácter laboral de la prestación de servicios, únicamente flexibiliza dichos elementos.

STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2011 (Recurso de Suplicación núm. 1832/2011), IL J 1319/2011.

1. El actor prestaba sus servicios para la empresa demandada desde agosto de 2009. La mercantil se dedicaba a la comercialización de productos cárnicos, sector en el que el trabajador demandante tenía una amplia experiencia profesional.

Según la mercantil, dicha prestación de servicios era en régimen de sociedad civil, compartiendo los dos socios los beneficios que se obtenían por la explotación de la empresa. Según la versión de la empresa, la sociedad estaba construida bajo la base de que una de las partes aportaba el capital y los medios de producción y la otra, el actor, aportaba sus conocimientos técnicos. El actor sería, por tanto, un socio industrial y su regulación estaría recogida en el artículo 1665 del Código Civil y no en el Estatuto de los Trabajadores. Por el contrario, el actor mantiene que sí existe relación laboral. Siendo él un trabajador dependiente y por cuenta ajena del empleador.

También difieren las versiones en la forma en la que se extinguió la relación. El empleador mantiene que la relación finaliza el 23 de agosto de 2010 por dimisión voluntaria del trabajador. Por su parte, el trabajador mantiene que la relación se extinguió por voluntad empresarial el 2 de septiembre. En apoyo de esta versión el trabajador envía un burofax en fecha 3 de septiembre a la empresa expresando que ha sido despedido verbalmente en fecha anterior. Dicho burofax no es contestado por la parte empresarial.

2. El actor demanda a la mercantil al entender que se ha producido un despido verbal en fecha 2 de septiembre. No obstante, el Juzgado de lo Social en primera instancia entiende que la relación que unía a las partes era de naturaleza societaria. En consecuencia, el orden social no era el competente para conocer del litigio surgido entre las partes.

El actor recurre dicha sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia. El Tribunal para enjuiciar qué tipo de extinción se ha producido en la relación que vinculaba a las partes debe comenzar por valorar si nos encontramos ante una relación laboral o si por el

contrario, y como mantiene el juzgado *a quo*, nos encontramos ante una relación de tipo societario.

El Tribunal *ad quem* entiende que nos encontramos ante una relación laboral en la que el trabajador lo es por cuenta ajena y de forma dependiente respecto del empleador. Nos encontramos ante una relación laboral, en opinión del Tribunal, porque no ha quedado desvirtuada la presunción de laboralidad del artículo 8.1 ET. Corresponde a quien alega la no existencia de una relación laboral probar la inexistencia de dicha relación o al menos aportar suficientes elementos de juicio que permitan romper la presunción del artículo 8.1 ET. En el presente caso, no se ha practicado prueba alguna para demostrar la existencia de una relación societaria entre las partes y por tanto no puede inferirse en modo alguno que la relación que unía a las partes fuera de tipo societario y no laboral.

Respecto de la extinción producida entre las partes, el tribunal entiende que no nos encontramos ante una dimisión voluntaria por parte del trabajador sino ante un despido verbal y consecuentemente improcedente. La dimisión exige la expresión de la voluntad del trabajador de forma clara, concreta, consciente, firme y terminante de su propósito extintivo. En el presente caso no se concreta dicho ánimo extintivo pues la única prueba aportada es la testifical mientras que de contrario se aporta burofax haciendo constar el despido mientras que la parte empresarial no contesta a dicho elemento.

3. El presente caso es un buen ejemplo de la importancia que tiene la presunción recogida en el artículo 8.1 ET. Esta presunción evita al trabajador tener que demostrar fehacientemente la existencia de una relación laboral e impone la inversión de la carga de la prueba. Será quien alegue que no existe relación laboral quien tenga que aportar los suficientes medios probatorios para poner fin a la dicha presunción.

En el presente caso, de ser cierta la versión empresarial, es posible que quizá si la representación de la empresa hubiera sido más diligente habrían conseguido romper la presunción del artículo 8.1 ET. Podría haber aportado la escritura de constitución de la sociedad, o el reparto de beneficios, o el acuerdo por el que se rigiera la sociedad, etc. Al no aportar ni solicitar la práctica de prueba alguna es imposible, tal y como señala el Tribunal *ad quem*, inferir la existencia de una sociedad entre las partes y, por tanto, es imposible romper la presunción del artículo 8.1 ET.

En conclusión, debe compartirse el fallo del Tribunal Superior de Justicia que acertadamente reconoce la laboralidad de la relación que unía a las partes al no quedar desvirtuada la presunción del artículo 8.1 ET.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

a) Alta dirección

STSJ de Aragón de 1 de junio de 2012 (Recurso de Suplicación núm. 394/2011), IL J 1212/2011.

1. El demandante ha venido prestando servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa OXIACERO, S.A., con antigüedad de 1-4-1977, categoría profesional reconocida de gerente, y salario de 142.950 € anuales. El demandante era miembro del Consejo de Administración de la empresa, órgano rector de la sociedad, y socio de la misma con un porcentaje en el capital social del 11%. En escritura pública de fecha 27-9-1976 el actor fue designado gerente de OXIACERO, S.A., otorgándosele y ejerciendo, entre otras, las siguientes facultades: Administrar y regir los negocios de la Sociedad, comprar y vender mercancías, firmar facturas, pólizas, negociar ampliamente letras de cambio y títulos a la orden; representar a la Sociedad; abrir cuentas corrientes o de crédito; firmar talones y cheques; contratar y despedir empleados, obreros y asalariados; contratar seguros de todo tipo; representar a la Sociedad en procedimientos concursales, ante los Juzgados y Tribunales, autoridades o funcionarios; otorgar poderes para pleitos; etc. En escritura de fecha 14-6-2010 se modificaron las facultades del actor, designando la sociedad cuatro apoderados en dos grupos; en el primer grupo se designó a dos apoderados para ejercer las facultades otorgadas solidaria e indistintamente, y en el segundo grupo a otros dos, entre ellos el actor, para ejercitarlas mancomunadamente, entre sí, o con cualquiera de los otros dos apoderados del primer grupo. El día en que se produjo el despido del actor, se le revocaron los poderes. El 9-9-2010 la empresa comunicó al actor su despido disciplinario, con efectos del mismo día, al amparo de lo establecido en el art. 11.2 RD 1382/1985, de 1 de agosto, regulador del personal de alta dirección.

2. El artículo 1 RD 1382/1985 establece que la autonomía y plena responsabilidad del alto cargo encuentra su límite natural en los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad, y la plena responsabilidad y autonomía se mide positivamente frente a los trabajadores y objeto de la empresa, no frente a su titular, que es siempre libre para dar instrucciones y fiscalizar la actividad del Director Gerente, de modo que la autonomía de este trabajo de alta dirección es compatible con la subordinación a los criterios e instrucciones directas de los órganos superiores de gobierno y administración de la sociedad. Lo que realmente interesa es la existencia de una efectiva atribución de facultades de dirección, así como del poder empresarial de decisión, y **la exigencia de la autonomía y plena responsabilidad no ha de entenderse como exigencia de exclusividad (es decir, como ejercicio y responsabilidad no compartidos), sino como expresión global y completa, y al mismo tiempo como correlato adecuado, del amplio ámbito de poder conferido.** El actor era gerente de Oxiacero, S.A. desde 1976, ejerciendo una pluralidad de facultades: administrar y regir los negocios de la sociedad; comprar y vender mercancías; firmar facturas, pólizas, negociar ampliamente letras de cambio y títulos a la orden; representar a la Sociedad; abrir cuentas corrientes o de crédito; firmar talones y cheques; contratar y despedir empleados, obreros y asalariados; contratar seguros de todo tipo, hasta que el 14-6-2010 se modificaron sus facultades, designando la sociedad cuatro apoderados en dos grupos; en el primer grupo se designó a dos apoderados para ejercer las facultades otorgadas solidaria e indistintamente y, en el segundo grupo a otros dos, entre ellos el actor, para ejercitarlas mancomunadamente, entre sí, o con cualquiera de los otros dos apoderados del primer grupo. El accionante pertenecía al consejo de administración de la empresa, sin discutirse su vinculación laboral y no mercantil, y se ha acreditado que el actor era quien dirigía la empresa.

A la vista de estos extremos —continúa la sentencia del TSJ de Aragón de 1-6-2011—, el demandante ostentaba la condición de alto directivo, puesto que se ha acreditado la concurrencia de las notas definitorias de una relación laboral de alta dirección: el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa relativos a sus objetivos generales, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad, lo que obliga a desestimar este motivo. Con cita de la STS de 13-11-1991, se añade que «la prescripción de que hayan de ejercitarse “con autonomía y plena responsabilidad” (art. 1.2 Real Decreto) **no ha de entenderse como exigencia de exclusividad (es decir, como ejercicio y responsabilidad no compartidos), sino como expresión global y completa, y al mismo tiempo como correlato adecuado, del amplio ámbito de poder conferido**». El despido se declara procedente.

3. Al respecto se ha de decir que el demandante tenía, sin duda, la condición de personal de alta dirección hasta la modificación contractual de 14-6-2010, en que la sociedad procedió a nombrar **cuatro apoderados en dos grupos; en el primer grupo dos apoderados con facultades, y ejercicio solidario e indistinto y, en el segundo grupo a otros dos, entre ellos el actor, para ejercitarlas mancomunadamente, entre sí, o con cualquiera de los otros dos apoderados del primer grupo**. El apoyo que lleva a cabo el TSJ en la STS de 13-11-1991 es **incompleto**, porque si bien dice que no obsta a la condición de personal de alta dirección, el hecho de que **determinadas facultades le hubieran sido atribuidas mancomunadamente con otros tres** (para ser ejercitadas en todo caso por dos de ellos), pues se trata de facultades atinentes al ejercicio de «poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa», en cambio **no se hace constar** que el trabajador había sido nombrado **director-gerente de la sociedad por el Consejo de Administración, lo que comporta no una mera concesión formal del nomen sino una efectiva atribución de facultades de dirección así como del poder empresarial de decisión, de lo que son suficientemente indicativos su situación en la cúpula del organigrama de la sociedad demandada, la alta retribución concedida, y el dato de que la función que le fue encomendada en el contrato consistió en proceder al reflotamiento de la sociedad, puesto que ésta se encontraba en grave situación de crisis y a punto de cierre por tal causa**.

Eso refleja, conjuntamente, una asignación de función global de toma de decisiones afectantes a la generalidad de la empresa, relevantes, inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, en que **solo «determinadas funciones» le fueron atribuidas mancomunadamente**.

No se puede olvidar que el personal de alta dirección, según el art. 1 RD 1382/1985 de 1-8, requiere que sus funciones reflejen los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, con **autonomía** y plena responsabilidad, sometidos tan solo a los criterios e instrucciones directas de la persona u órgano de gobierno y administración de la sociedad.

Si las facultades se adjudican —todas, o las fundamentales— de modo mancomunado, el titular de esas facultades no puede tomar decisiones por sí, por su sola voluntad, **carece de autonomía, pues debe contar con la conformidad, en cada caso, uno por uno, del otro apoderado mancomunado**. Eso no sería relevante, si las facultades mancomunadas fueran solo algunas y no las más importantes o decisorias, que es lo que parece ocurría en el caso de la STS de 13-11-1991.

Ese es, además, el criterio de la jurisprudencia más moderna. Así en la STS de 20-10-1998 se dice, cuando los actores simultaneaban la actividad profesional con la gestión mancomunada de la sociedad, que existe una relación laboral ordinaria al margen de su coexistencia con otra distinta, en los cometidos inherentes al cargo de administrador-mancomunado. Y ello es así porque concurren, en la primera, las notas de dependencia y ajeneidad, en **cuanto ninguno de los actores**, entre los que se reparten igualitariamente el capital social, **tiene poder decisorio suficiente para conforme la voluntad social de la persona jurídica de que dependen** bajo una relación laboral de carácter común, con la categoría y retribución que se especifica en los hechos probados. **O la STS de 4-6-1999, en que se expresa** que lo que caracteriza la relación laboral del personal de alta dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial y que **la autonomía en el ejercicio de los poderes sólo ha de estar subordinado al órgano rector de la sociedad. Lo que se ha de ser de interpretación restrictivamente.** Como ya se decía en las SSTs de 24-1-1991 y 2-1-1991.

En definitiva, **en el caso de que se trata en la STSJ de Aragón de 1-6-2011, la condición de ejercicio, de la atribución de poderes directivos del demandante, en forma mancomunada con otro u otros apoderados, impide que se pueda calificar la relación jurídico-laboral de alta dirección, por carecer de la autonomía precisa, solo sometida a los órganos de gobierno y administración de la sociedad.**

e) Artistas en espectáculos públicos

STSJ de Galicia de 18 de julio de 2011 (Recurso de Suplicación núm. 1491/2011), IL J 1388/2011.

1. La actora, Antonia, pactó por escrito, en 2-3-2010, un compromiso para la temporada 2010, con el demandado Eugenio, como coordinador de la Orquesta Embajadores, cuyas características eran llevar a cabo un ensayo general, a efectuar todos los viernes, de 4 a 8 de la tarde, en marzo y abril, pero pudiéndolo prolongar a mayo, si la parte coordinadora lo consideraba necesario; que las galas durarían seis meses, del 1-5 al 30-10; las obligaciones de la demandante se centraban en presentarse a todos los ensayos y galas puntualmente, a la hora establecida por la parte coordinadora, y, en la empresa, en pagar, puntualmente, las siguientes cantidades: mayo (1.000 €), junio (2.000 €), julio (2.000 €), agosto (2.000 €), septiembre (2.000 €) y octubre (1.000 €); que, por otra parte, se firmaron contratos de trabajo entre Braulio, actuando en calidad de titular y representante de la empresa, y el citado Eugenio, como representante designado de los profesionales músicos, que se relacionaban al final (entre los que se hallaba la demandante), en los que se señalaba que estos profesionales, a todos los efectos, tenían carácter individual para cada uno de ellos, y que la empresa, cuyo representante comercial es el demandado Manuel C., contrataba a cada uno de ellos con objeto de actuar en los espectáculos, que, en cada caso, se señalaban; y, en los que se afirmaba que se extendían para actuar el día o los días señalados; y que los profesionales percibirían por su trabajo la cantidad correspondiente, al finalizar su actuación. En fecha 20-7-2010 formuló denuncia ante la Comisaría de Ourense, contra el demandado Manuel C., porque el día 1-7-2010 el citado la había agredido sexualmente, acusándolo de atentado contra su intimidad.

2. Dice la STSJ de Galicia de 18-7-2011 que para que exista contrato de trabajo hace falta que se cumplan los requisitos del art. 1.1 LET, y para que pueda entenderse se trata de una relación laboral de carácter especial, de los artistas en espectáculos públicos [artículo 2.1.c) del mismo Texto], y artículo 1.2 del RD 1435/1985, es **necesario que la relación se establezca entre un organizador de espectáculos públicos o empresario y quienes se dediquen voluntariamente a la prestación de una actividad artística por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de aquéllas, a cambio de una retribución**. Según los datos fácticos expresados, es evidente que entre las partes no existía la relación laboral especial prevista en el artículo 2.1.c) del ET, por la sencilla razón de que el demandado único Eugenio (Orquesta Embajadores), no era un organizador de espectáculos públicos, o empresario, sino un simple coordinador de una empresa. Del análisis del denominado compromiso para la temporada 2010, y de los diversos contratos, concertados entre Braulio, en su calidad de titular y representante de la empresa, y el mencionado demandado, como representante designado por los profesionales músicos (entre ellos, la actora) no cabe inferir que, concretamente entre el representante de los profesionales músicos (el demandado) y uno de éstos (la demandante) existiere una relación laboral ordinaria, pues no concurren las notas que se exigen en el artículo 1.1 del ET para ello, toda vez que, entre otros extremos, no aparece, por parte alguna, que ésta prestare sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección de citado demandado, pues, en definitiva, resulta que el auténtico titular y representante de la empresa era Braulio, ajeno al proceso. Carece de interés para el argumento el dato de que Eugenio sea titular de la furgoneta, del escenario y del equipo de amplificación; pero, aunque realmente fuere así, tal dato no pasaría de ser coyuntural, y carente de importancia, para negar el carácter de titular de la empresa, al que la ostentaba, que era el no demandado Braulio. De todo ello, deduce el TSJ la estimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción del Orden Social, para conocer de la acción ejercitada, y que la demandante, en su caso, deberá acudir a solventar las cuestiones, que plantea, ante el orden jurisdiccional competente.

3. Consta probado según el TSJ de Galicia que el contrato de la demandante se concertó con Eugenio, como coordinador de la Orquesta Embajadores, y la demandante, para hacer ensayos y participar en galas durante seis meses, eran obligaciones de la demandante presentarse a todos los ensayos y galas puntualmente, a la hora establecida, y de la empresa, pagar, puntualmente, las cantidades mensuales desde mayo a octubre ambos inclusive. Se firmaron contratos de trabajo entre Braulio, actuando en calidad de titular y representante de la empresa, y el citado Eugenio, como representante designado de los profesionales músicos, entre los que se hallaba la demandante, y que la empresa, cuyo representante comercial es el demandado Manuel C., contrataba a cada uno de ellos con objeto de actuar en los espectáculos señalados, siendo obligación de la demandante presentarse a todos los ensayos y galas puntualmente, y de la empresa, pagar las cantidades mensuales convenidas, puntualmente, que los profesionales percibirían por su trabajo la cantidad correspondiente, al finalizar su actuación.

En el RD 1435/1985 de 1-8, que viene a desarrollar el art 2.1.e) LET, se expresa, con nitidez, que la relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos se establece entre un organizador de espectáculos públicos o empresario y quienes se dediquen voluntariamente a la prestación de una actividad artística por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de aquéllos, a cambio de una retribución (art. 1.2).

Pese a alguna opacidad, resulta que la demandante, representada por Braulio, como los demás artistas, contrataba con la empresa, presente en los pactos y contratos a través de su representante comercial, para que actuasen en ensayos y galas señaladas por el coordinador, y **era obligación de la empresa pagar las cantidades señaladas cada uno de los seis meses. El coordinador contrató con la empresa la prestación de estos servicios por los artistas. Luego el supuesto es manifiestamente subsumible en el contrato especial de artistas profesionales.**

Pues bien, visto que lo que la demandante reclama es la tutela de derechos fundamentales, por la lesión que estima sufrida en su persona por el representante comercial de la empresa, y que se trata del ejercicio de la acción que se encauza en el proceso especial regulado en los arts. 175 a 182 LPL, se ha de recordar que tiene legitimación pasiva cualquier agente del que haya podido partir el acto lesivo del derecho fundamental correspondiente cuya reparación se reclama (Albiol, Alfonso Mellado, Blasco, y Goerlich), ya que en **el art 180.1 LPL se puede declarar la nulidad radical no solo de la conducta del empresario, sino de cualquier otra persona.**

Como dice la jurisprudencia, en los supuestos en que el acoso laboral ha sido llevado a cabo, no por el empresario, sino por un trabajador de la empresa, no se puede dejar fuera del proceso a este trabajador, principal responsable del «mobbing», el infractor más directo y propio de los derechos fundamentales, sin que sea aceptable que la acción se dirija solo respecto de alguno o algunos de los posibles responsables secundarios, cuya implicación en el acoso es mucho menos relevante y trascendente, ya que en el art. 12.1 LECiv se prevé que comparezcan como demandantes o demandados, varias personas, y en el art. 12.2 LECiv se dispone que, cuando por razón de lo que sea objeto del juicio, la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes. Todo ello en relación con los arts. 27 y ss. LPL y 71 y ss. LECiv. La razón de este **litisconsorcio pasivo necesario** se encuentra en el derecho a la tutela judicial efectiva y de evitación de indefensión, por lo que se dispone la apreciación de oficio de tal defecto procesal. La necesidad de esa **actuación judicial de oficio** encuentra su razón de ser en que el litisconsorcio pasivo necesario o, en otros términos, la correcta configuración de la relación jurídico-procesal, es una cuestión que por afectar al orden público (STC 165/1999) queda bajo la vigilancia de los tribunales y obliga al juzgador a preservar el principio de contradicción y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de quienes deben ser llamados al proceso como parte. Según las SSTC 335/94 y 22/4/97, **el juzgador, de oficio y a través de este cauce, debe velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en las situaciones de litisconsorcio pasivo, a fin de conseguir, salvaguardando el principio de audiencia bilateral, que la cosa juzgada material despliegue sus efectos y de evitar que se dicten eventuales fallos contradictorios sobre un mismo asunto. Así pues, no se trata de una mera facultad, sino de una auténtica obligación legal del órgano judicial** (SSTC 118/1987, 11/1988, 232/1988, 335/1994, 84/1997, 165/1999 y 87/2003).

En el caso que se comenta, el litisconsorcio alcanza necesariamente al representante comercial de la empresa, 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 será el principal vulnerador de los derechos fundamentales de dicha trabajadora. Pero, es obvio

que la acción ejercitada y las pretensiones debatidas en esta litis, que afectan de lleno a los derechos e intereses de ese demandado, para hacerse efectivas, no sólo se han de dirigir contra el mismo, sino también frente a la empresa, pues si así no se hace se infringen los arts. 24.1 y 18.1 CE.

Del art. 180 LPL se deduce que **se ha de demandar no sólo a la empresa** de que se trate, sino también a todas las personas o entidades, de cualquier clase que sean, que hayan intervenido de una forma u otra en la vulneración del derecho fundamental. **Y a la inversa, o sea, no solo al vulnerador, sino también al empresario.** El acoso moral que la actora denuncia en la demanda origen de este proceso tiene una naturaleza indiscutiblemente laboral, toda vez que el mismo se produjo en la realización del propio trabajo de la actora. Téngase en cuenta que el **comportamiento acosador se imputa al representante empresarial, de modo que** se encuentra claramente dentro del ámbito y contenido esenciales y propios de las relaciones con el infractor y con la empresa. Así se ve en la STC 250/2007, de 17-12.

La consecuencia que impone el TS, en los casos de **incumplimiento del litisconsorcio pasivo necesario**, es que **se debe conceder a la demandante el plazo improrrogable de cuatro días, para que amplíe la demanda y la dirija también, como codemandado en ella, contra la persona a la que no ha demandado** (STS de 30-1-2008). En todo caso, si la demandante no conocía la identidad de su empresario, y pensaba que lo era la persona a la que demandó, es evidente que se debe aplicar el art. 103.2 LPL y conceder a la demandante el derecho a ampliar la demanda respecto del verdadero empresario. La llamada al proceso del empresario es imprescindible, ante la responsabilidad de éste, ya prevista en el art. 1.903 CC por los perjuicios causados por sus dependientes.

De ello se deduce la falta de *fumus boni iuris* de la decisión de la sentencia que se comenta que, con una perspectiva falta de realismo, sale afirmando la incompetencia del orden jurisdiccional, cuando, si al menos hubiera leído la jurisprudencia ahora citada, necesariamente habría captado la obligación de dar el referido plazo a la demandante para ampliar la demanda, por falta de litisconsorcio pasivo necesario.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo

STSJ de Extremadura de 31 de mayo de 2011 (Recurso de Suplicación núm. 165/2012), IL J 1210/2011.

1. El demandante trabaja para la empleadora desde 19-6-1984. En fecha 12-1-1996 el actor y la demandada suscriben un contrato, en que se dice que se encarga al demandante, como representante de comercio, de gestionar la venta de los todos los artículos que en cada momento integren el catálogo de «Parfum, S.L.». Trabajarán con carácter exclusivo dentro de las zonas de Badajoz y Cáceres con sus respectivas provincias de acuerdo con las instrucciones que reciba de la Empresa. Se acuerda que la retribución vendrá determinada por el abono de una comisión del 10% sobre las ventas efectuadas y aceptadas por la Empresa, siempre que se apliquen las condiciones generales de venta estipuladas por ésta;

en caso contrario, la comisión será fijada de común acuerdo, tanto en las que intervenga el Representante como en las realizadas directamente por la Empresa, siempre y cuando el comprador pertenezca a la zona asignada a dicho Representante. Todos los gastos que tenga el Representante por causa del trabajo que se le confiere por el presente contrato serán de su exclusivo cargo, incluidos los de locomoción y estancia fuera de su domicilio, por estar comprendidos en la comisión pactada. La comisión se devengará cuando la operación directa o indirecta llegue a buen fin. No obstante lo anterior el representante podrá solicitar anticipos sobre las operaciones en curso. El representante disfrutará sus vacaciones anuales de 30 días naturales. Durante el periodo de vacaciones no estará obligado el Representante a efectuar gestión alguna por cuenta de la Empresa. Se reconoce la antigüedad desde junio de 1984, pues esta representación es continuación de la que ya venía realizando para las anteriores empresas titulares de las marcas. En 19-6-1984, el demandante y COPERSA suscriben un contrato por el que la referida empresa encarga al representante de comercio que gestione la venta de los siguientes artículos o mercancías: todos los que en cada momento integren el catálogo de Copersa. En 2-1-1996 Codibel remite al actor la siguiente comunicación: «Estimando colaborador: La presente es para comunicarle que Codibel Parfum a partir de Enero de 1996, comercializará sus productos a través de una nueva comercial que operará con el nombre de: Plus Parfum S.L., Codibel, S.A. seguirá como empresa dedicada específicamente a la fabricación y creación de sus productos y otros para terceros. El demandante fue dado de alta en la Seguridad Social por la empresa Parfums Bach, S.A. en fecha 1-1-1987. Plus Parfum, S.L. tiene como objeto social la comercialización al mayor de toda clase de perfumes, productos de higiene, belleza, cosméticos, lacas y similares. Inició sus operaciones el 6-10-1995. En 10-1-2011, no consta en el Registro Mercantil de Barcelona ningún empresario inscrito con la denominación Copersa, S.A. El 23-04-2010 remite al trabajador expresando que le notifica su cese inmediato como representante de nuestra empresa, debido a la apropiación continuada e indebida de los cobros de los impagos.

2. Según la STSJ de Extremadura de 31-5-2011, el contrato de trabajo especial del art. 2.1.f) LET y del RD 1438/1985 de 1-8 se singulariza frente al contrato de agencia mercantil, en la nota de la independencia. En la Ley 12/1992, de 27-5, sobre régimen jurídico del Contrato de Agencia, deja al margen de su tipificación la nota de ajenidad, porque el agente comercial y el representante de comercio son ajenos a los riesgos de actividad, sin perjuicio de que los mediadores mercantiles que responden del buen fin de las operaciones quedan fuera del Derecho del Trabajo, pero no todos los mediadores mercantiles por cuenta ajena van a ser titulares de una relación jurídico-laboral. El criterio discriminador es el de la dependencia. Independencia que se presume concurre cuando el agente organiza su propia actividad profesional y el tiempo que dedica a la misma conforme a sus propios criterios, al margen del nombre que las partes den al contrato que suscriben. Ahora bien, se añade en la sentencia que, no obstante, el criterio de independencia citado no puede ser entendido como una total libertad y autonomía para la realización de las labores de intermediación, sustraída a cualquier orden, instrucción y control de la empresa por cuenta de la que actúa, y ello por razones de pura lógica, dado que en definitiva actúa para un tercero y no responde del buen fin de las operaciones que promueve y concluye en nombre ajeno (art.1 de la Ley 12/1992), como se ve al exigir la Ley 12/1992 del agente que se ocupe con diligencia de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado (art. 9) y con la obligación del

agente de rendir cuentas y someterse a las órdenes del empresario e instrucciones generales que de él reciba.

Destaca la sentencia que el demandante fue contratado como «representante de comercio» al que se le encomienda la gestión de la venta de los artículos que integran el catálogo de la demandada, para efectuar su trabajo con carácter exclusivo en las zonas de Badajoz y Cáceres, de acuerdo con las instrucciones que reciba de la Empresa, que se atribuyen al demandante todos los gastos ocasionados como consecuencia de su mediación en operaciones de comercio, incluidos los de locomoción y estancia fuera de su domicilio, por entender que están comprendidos en la comisión pactada, siendo su retribución el abono de una comisión del 10% de las ventas efectuadas y aceptadas, y la comisión se devengará cuando la operación directa o indirectamente llegue a buen fin. No obstante lo cual el representante podrá solicitar anticipos sobre las operaciones en curso, siendo así que se compromete a gestionar amistosamente el cobro de las comisiones mercantiles en que hubiera intervenido, pero sin responder en modo alguno del buen fin de aquella. Sus vacaciones anuales de 30 días naturales no solo conllevan que durante el periodo de vacaciones no estará obligado el representante a efectuar gestión alguna por cuenta de la empresa, sino que no eran retribuidas. El demandante se comprometió a promover y concluir por cuenta y en nombre de la demandada operaciones de comercio, venta de productos de la demandada, y no de forma exclusiva, en cuya actividad únicamente interfería **la demandada para dar instrucciones generales, listado de productos y precios, lo que se ha dado en llamar diseño del producto, pero no en la actividad desarrollada por el demandante**, instrucciones generales que están previstas en el artículo 9 de la Ley 12/1992. **El demandante únicamente generaba derecho al cobro de las comisiones si la operación directa o indirectamente llegaba a buen fin**, gozando para el desempeño de su actividad de **total libertad, horarios, rutas, clientes a visitar**, etc., **sin vinculación** con la sede de la demandada, corriendo con todos los gastos que se le ocasionaban y sin derecho a vacaciones retribuidas. A lo único que estaba obligado era a rendir cuentas de las operaciones negociadas, para justificar el percibo de su retribución, sus comisiones. En cuanto no queda acreditado que no haya podido organizar su actividad profesional o el tiempo dedicado a la misma según sus propios criterios (artículo 2.2 de la Ley 12/1992), se ha de confirmar la incompetencia del orden social de la jurisdicción.

3. Procede tener en cuenta que ya desde la STS de 2-7-1996 se ha afirmado que la delimitación del ámbito de la relación laboral especial prevista por el artículo 2.1.f) LET, desarrollada por RD 1438/1985, y sus fronteras con el contrato de agencia, regulado por Ley 12/1992, ha de efectuarse en la falta de dependencia, la que ha de presumirse excluida, cuando quien se dedica a promover y, en su caso, concluir, actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, que concurre cuando queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios.

En efecto, según la Ley 12/1992, de 27-5, por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, **como intermediario independiente**, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operacio-

nes (art. 1) y se presume que **existe dependencia** cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, **no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios** (art. 2.2). En consecuencia, el agente deberá **desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia** [art. 9.2.c)].

Si se puede entender bien la disposición legal, la independencia es más importante que la obediencia a las instrucciones del empresario, si es que la ponen en cuestión o la contradicen. Pero ello no obstaculiza el **deber del agente de comunicar al empresario toda la información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones cuya promoción y, en su caso, conclusión, se le hubiere encomendado, así como, en particular, la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución** [art. 9.2.b)]. No falta, como se ve, la **dependencia en el sentido jurídico**, tanto que, además de por **cumplir las órdenes e instrucciones empresariales, debe informar al empresario de cuantos datos afecten al interés mercantil del mismo, lo que implica una mayor dedicación a los criterios relevantes del empresario para la buena marcha de la empresa. Como se ve, esa «independencia» en el sentido de la Ley 12/1992, es un tanto peculiar, sorprendente y poco rigurosa, en términos jurídico-laborales.**

Mucho más relevante que **el entendimiento de la independencia del agente, que es obstativa de la laboralidad del contrato, por el marginal elemento relativo al modo de organizar su actividad profesional y al tiempo dedicado a la misma, que será según sus propios criterios** (art. 2.2), es que el **agente pueda realizar la actividad encomendada por el empresario, bien por sí o bien por medios de sus dependientes**, respondiendo el agente de su gestión (art. 6). Ello es una manifestación de la **inexistencia de una actividad y prestación personal, de la posibilidad de una ejecución del trabajo por tercero, lo que es, sin contemplaciones, contrario a las exigencias estructurales del contrato de trabajo**. Que el agente dedique tiempo que estime adecuado a los clientes, y que organice su actividad en función de su mejor rendimiento para la empresa, al relacionarse con los clientes, es propio de régimen laboral del representante de comercio y, por ello, no deja de ser dependiente. Otra cosa es que los clientes los elija el agente o ponga las condiciones, pero en el supuesto de que se trata no constan estas manifestaciones de autonomía, aunque la libertad de decisión de clientes la afirme la STSJ, pues no la funda en dato objetivo alguno.

El dato expresivo de que el agente no pueda siempre cerrar y concluir los actos u operaciones objeto del contrato de agencia en nombre del empresario, sino solo cuando tenga atribuida esta facultad, de modo que el empresario puede aceptar o rechazar la operación comunicada (arts. 6 y 10.3), no carece de relevancia, pues, al margen de que la tarea del trabajador es independiente del aprovechamiento que de ella haga el empleador, resulta que en este contrato solo cobra comisión el agente cuando el acto u operación de comercio se hayan concluido, bien como consecuencia de la intervención profesional del agente, o con una persona respecto de la cual el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido con anterioridad un acto u operación de naturaleza análoga (art. 12). Esto **hace que el agente tenga una remuneración sustancialmente aleatoria, lo que también es contrario a las exigencias del contrato de trabajo.**

La falta de prestación personal de la actividad y la aleatoriedad de la remuneración son mucho más relevantes, desde una perspectiva jurídica, que el modo en que el agente organiza su tiempo de trabajo y la actividad profesional, visto que se ha de sujetar a las órdenes e instrucciones de trabajo del empresario.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

STS de 21 de julio de 2011 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 2883/2010), IL J 1295/2011.

1. La demandante en la instancia mantuvo una relación contractual con el Ministerio de Defensa mediante la suscripción de dos contratos administrativos. Primero fue un contrato administrativo de Consultoría y Asistencia al amparo del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y después la relación se prolongó a través de un contrato administrativo de Servicios en virtud de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. La actora presentó demanda solicitando el reconocimiento de que su relación era de naturaleza laboral pero al producirse la extinción de su contrato antes del juicio, desistió de esa demanda y presentó una demanda de despido. Dicha pretensión fue desestimada en la instancia que apreció incompetencia de jurisdicción y tal pronunciamiento se confirmó en suplicación por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El Tribunal Supremo entra a conocer sobre el asunto en la sentencia que ahora se comenta.

2. La cuestión que trata de resolver la Sala 4.^a del Tribunal Supremo en este caso es si el contrato celebrado entre la recurrente y el Ministerio de Defensa es de naturaleza laboral o administrativa y por consiguiente si es competente o no la jurisdicción laboral para conocer del asunto. Y desde el principio de su razonamiento jurídico, la Sala entiende que las características de la prestación de servicios realizada por la actora responden a las notas básicas y definitorias del contrato de trabajo: ajenidad y dependencia. Las tareas a cuya realización se comprometía, que se hallaban minuciosamente descritas en el contrato, se llevaban a cabo en el centro y en el horario habitual del mismo, bajo la coordinación de la persona designada por el Director Técnico del programa con la que se mantenía un contacto diario y directo y al que se le informaba de la evolución de los trabajos. Otro extremo relevante para la Sala es el de que la actora se encontrara expresamente comprometida a mostrar su plena disponibilidad las 24 horas cuando el Laboratorio se encontrase en situación de alerta, así como disponibilidad para participar en reuniones, seminarios y conferencias sobre temas científicos.

El Tribunal sostiene en la sentencia que, desde el punto de vista material, una prestación de servicios profesionales en régimen de ajenidad y dependencia es de naturaleza jurídico-laboral. Solo es posible calificarla como contrato administrativo porque una ley expresamente permita esa exclusión. Y, en efecto, existe una exclusión constitutiva efectuada por la ley que se mantiene a través de sucesivas configuraciones legales y bajo diversas denominaciones (trabajos específicos y concretos no habituales, consultoría y asistencia,

servicios...). Pero el Tribunal recuerda que dicha exclusión tiene que contar con un fundamento. A decir de la Sala, la Constitución establece un modelo bipolar (funcionarios y laborales) del personal al servicio de las administraciones públicas y aunque dicho modelo siempre ha admitido excepciones de contratos administrativos de prestación de servicios personales, siendo, como son, excepciones deben ser interpretadas restrictivamente, y siempre se han autorizado sobre la base de alguna razón justificadora.

Así, el Tribunal concluye que la procedencia de la contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, es decir, que se refiera a «un producto delimitado de la actividad humana y no a una actividad en sí misma independiente del resultado final». Lo que no cabe es que el profesional se inserte en el ámbito organizativo de la Administración contratante para que, «codo con codo» con el resto del personal y bajo la dirección de los superiores jerárquicos de la propia administración contratante, con los medios de ésta, participe en tareas habituales de la propia administración. Para dicho casos, el Tribunal Supremo recuerda que el legislador no ha autorizado el contrato de consultoría y asistencia. Por tanto, se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la actora y se declara la competencia del orden jurisdiccional social.

3. Estamos ante una sentencia importante, en mi opinión, y no tanto por su contenido, pues se trata de una doctrina jurisprudencial que podemos considerar consolidada, como se viene destacando desde estas páginas hace mucho tiempo. Su importancia también reside en la claridad expositiva con que trata una materia sobre la que se ha trabajado mucho y por muchos pero que continúa siendo compleja y difícil de explicar.

Ante la realidad de personas jurídicas realizando actividades profesionales diversas bajo la organización y dirección administrativa, es preciso delimitar con claridad las fronteras entre las prestaciones laborales y otras de diversa índole. Ante el evidente recurso a la contratación administrativa como mecanismo de reclutamiento de personal es necesario precisar que, bajo el paraguas de la contratación administrativa, deben situarse sólo aquellas empresas que aun siendo de titularidad unipersonal desarrollen esa finalidad o actividad con carácter previo a ser contratadas. No deben ser meramente profesionales que tengan la titulación necesaria para llevar a cabo una determinada tarea. La sentencia señala que el sujeto contratado debe disponer «de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato». Nada tiene que ver con la situación en que se encontraría un profesional al que se contrata para desarrollar una prestación de servicios insertado dentro de un marco organizativo de la administración contratante.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público refuerza esta materia al exigir que las personal físicas o jurídicas que pretendan ser adjudicatarias de un contrato administrativo deben «acreditar solvencia económica, financiera y técnica o profesional». Como dice el magistrado ponente en la sentencia que comentamos, se debe tratar de una organización empresarial con capacidad para alcanzar el objeto del contrato y nada de ello se percibe en los supuestos en los que, como el presente, encontramos un trabajador que se inserta en la organización de la administración empleadora para llevar a cabo una tarea profesional.

J) Otros: Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente

A continuación se incluyen los comentarios a varias sentencias del Tribunal Supremo en los que la Sala entiende que en el caso del TRADE la ley exige por su parte la comunicación de su condición al empresario para proceder a ordenar su relación a través de esta nueva figura. Las tres sentencias tienen un voto particular. La misma doctrina se recoge en la sentencia dictada en suplicación por el TSJ de Galicia que se comenta en segundo lugar.

STS de 11 de julio de 2011 (Recurso de Casación para la Unificación de doctrina núm. 3956/2010), IL J 1281/2011.

1. Tanto el Juzgado de lo Social como la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia de 30 de septiembre de 2010, rollo núm. 2589/10) entendieron que la relación establecida entre el actor y las empresas codemandadas era de naturaleza mercantil y no laboral, declarando consiguientemente su incompetencia. La Sala casacional, en la sentencia comentada, desestima el recurso de unificación de doctrina y confirma ambas sentencias. Los hechos probados más relevantes afirman que el actor comenzó a prestar servicios el día 1 de julio de 2000, como transportista, realizando el transporte de la mercancía (cemento, hormigón, etc.) por sí mismo y con su propio vehículo, debidamente autorizado, a los puntos que le eran encomendados. El actor, de alta en el RETA y en el IAE, como autónomo, percibía al menos el 75% de sus ingresos de las codemandadas, mediante la emisión mensual de la factura correspondiente a nombre de la principal. El actor no disponía de trabajadores a su servicio, no había subcontratado los servicios y ni cumplía horario fijo, ni gozaba de vacaciones fijadas de acuerdo con la empresa, sino que descansaba cuando lo entendía conveniente. El día 26 de diciembre de 2008 el actor recibió una llamada de teléfono del representante de la empresa principal, prescindiendo de sus servicios a partir del día siguiente, por falta o descenso de la actividad del transporte a causa de la paralización del sector de la construcción y, desde ese día, no se le encargó servicio alguno.

La demanda ante el orden social no pretende la declaración de despido improcedente, previo reconocimiento de la naturaleza laboral del vínculo contractual, sino la fijación de una indemnización por el cese, previo reconocimiento de la naturaleza de dicho vínculo como propio de un trabajador autónomo económicamente dependiente. La negativa judicial a ese reconocimiento se fundamenta en la falta de comunicación de tal pretendido carácter a la empresa principal, dentro del plazo disponible de un año.

2. La sentencia recurrida, y la que constituye su antecedente, fundaron su decisión en que, de conformidad con la DT 3.^a de la Ley 20/2007, por la que se aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA), en relación con la DA 11.^a de la misma Ley, el demandante debía haber comunicado a la empresa su condición de trabajador autónomo dependiente en el plazo de un año a partir del 13 de octubre de 2007, lo que no hizo en ningún momento antes de la extinción del contrato de trabajo, el 26 de diciembre de 2008. El recurrente aporta como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 29 de octubre de 2008, en la que se resolvió que para que exista un trabajo autónomo económicamente dependiente solamente es preciso que se cumplan las condicio-

nes del art. 11 LETA, siendo innecesario el cumplimiento de los requisitos de forma del art. 12 LETA, ni la adaptación del contrato en los términos previstos en su DT 3.^a En concreto, señala la sentencia de contraste que la finalidad de garantía de la LETA quedaría sin efecto si fuera preciso a través del contrato que «las dos partes consintieran en su aplicación». La Sala casacional acepta la contradicción entre las sentencias contrastadas, entendiendo que la buena doctrina se contiene en la sentencia recurrida, lo que conduce a su confirmación, desestimando el recurso interpuesto, por los argumentos siguientes:

«... el art. 17 de la LETA establece la jurisdicción del orden social para conocer de las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente y en este sentido se ha modificado la LPL para introducir una referencia a esta materia jurisdiccional en el apartado p) del art. 2 de la citada Ley. Pero para ello es necesario que el contrato entre el trabajador autónomo y su cliente sea un contrato incluido en los arts. 11 y 12 de la LETA. La delimitación de esta relación contractual es compleja. En principio y en el marco del art. 11.1 LETA, el contrato se define en función de su objeto, que, a su vez se conecta con el propio concepto de trabajador autónomo económicamente dependiente. En este sentido ese objeto se vincula a la “realización de una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente”, del que se depende económicamente “por percibir de él, al menos, el 75 por 100 de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”. En el número 2 del art. 11 se mencionan una serie de condiciones que debe reunir el trabajo autónomo económicamente dependiente (no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente, disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente, desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente y percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo el riesgo y ventura de aquélla)».

«... pero, junto a esta caracterización material o sustantiva del trabajo autónomo el art. 12 LETA incorpora la referencia a que el contrato para la realización de la actividad del trabajo autónomo económicamente dependiente deberá formalizarse “siempre por escrito y deberá ser registrado en la oficina pública correspondiente”, añadiendo el número 2 de este artículo que “el trabajador autónomo deberá hacer constar expresamente en el contrato su condición de dependiente económicamente respecto del cliente que le contrate, así como las variaciones que se produjeran al respecto”. Sobre esta delimitación del régimen general del trabajo autónomo económicamente dependiente operan algunas normas adicionales y transitorias de la LETA. Así la disposición adicional 11.^a aclara la inclusión en el ámbito de la LETA, como trabajadores autónomos ordinarios o económicamente dependientes, de las personas que prestan servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que son titulares y las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a se refieren a la adaptación de los contratos vigentes de las personas que tendrían, conforme a la nueva regulación, la consideración de autónomos económicamente dependientes a los preceptos de la LETA. Conviene precisar, frente a lo que argumenta la parte recurrente, que del conjunto de estas normas y de su propio sentido se desprende que no se está en ellas calificando como “con-

tratos TRADE” los contratos civiles o mercantiles que estos trabajadores tuvieran suscritos con anterioridad a la LETA, ni antes ni después de la entrada en vigor de esta Ley. Por el contrario, lo que se precisa es que los contratos en cuestión tendrán que ser adaptados en el plazo que se establece...».

«... la tesis del recurso, desarrollada de forma más completa en la sentencia de contraste, parte de afirmar la prioridad de los elementos sustantivos de la calificación del trabajador autónomo dependiente (art. 11 LETA) frente a los elementos que se consideran formales del art. 12 y las limitaciones que se derivan del régimen transitorio. En principio, hay que aceptar esa prioridad de la calificación material y descartar el carácter constitutivo de la forma escrita del contrato, pese a que el art. 12.1 LETA establece que el contrato del trabajador autónomo dependiente “deberá formalizarse por escrito y deberá ser registrado en la oficina pública correspondiente” y ello porque, como recuerda la sentencia de contraste, en nuestro ordenamiento rige el principio espiritualista, que determina no sólo el reconocimiento de ese principio en el art. 1278 del Código Civil, sino que incluso en los supuestos en que se impone una determinada forma, como sucede en el caso del art. 1280 del citado Código, la consecuencia será normalmente la que prevé el art. 1279 en orden a la facultad de las partes para compelerse a otorgar el contrato en la forma prevista. En este sentido se ha pronunciado la Sala de lo Civil de este Tribunal, entre otras, en sus sentencias de 19 de febrero de 2004 y 14 de noviembre de 1996, en las que se precisa que la forma *ad solemnitatem* sólo debe apreciarse cuando la ley la imponga de manera categórica, bien sea directamente o cuando ese carácter se desprenda de la función que la exigencia formal cumple en el correspondiente tipo contractual. No es este el supuesto del art. 12.1 LETA, en el que la ley se limita a establecer la forma escrita y el registro en una fórmula similar a la del art. 1280 CC. De ahí que, con independencia de lo que más adelante se dirá sobre la comunicación del art. 12.2 LETA, hay que concluir que no se aprecia en el presente caso ese carácter solemne de la forma. Por el contrario, como ha señalado la doctrina científica, el preámbulo de la Ley lleva a conclusión distinta, porque lo que en la misma se persigue es responder a la necesidad de “dar cobertura legal” —es decir, una protección mínima de los derechos sociales— al trabajador autónomo dependiente, finalidad que se frustraría si con la mera omisión de la firma de un contrato escrito se pudieran eludir las garantías que la ley establece para el trabajador económicamente dependiente...».

«... distinto es el caso de la exigencia de comunicación que establece el art. 12.2 LETA, a tenor del cual “el trabajador autónomo deberá hacer constar expresamente en el contrato su condición de dependiente económicamente respecto del cliente que le contrate, así como las variaciones que se produjeran al respecto”. Esta ya no es una exigencia formal, sino que se relaciona con el necesario conocimiento por el empresario de uno de los presupuestos del contrato: la situación de dependencia económica. Esa situación normalmente sólo será conocida por el trabajador autónomo, pues es él quien tiene la información sobre los clientes para los que presta servicios y sobre los ingresos que percibe de ellos. Por el contrario, sin el conocimiento de ese dato el cliente que concierta un contrato puede estar asumiendo un contrato de trabajo autónomo dependiente cuando en realidad su intención es la de establecer un contrato civil o mercantil de régimen común con un trabajador autónomo ordinario. Por ello, la comunicación de la situación de dependencia es un requisito para la existencia del consentimiento sobre el vínculo contractual que se establece. Hay en este sentido una confusión en la sentencia de contraste cuando señala que el régimen legal previsto para los trabajadores autónomos dependientes carecería de virtualidad, si quedara a voluntad de las partes su aplicación. No es así. La aplicación del régimen legal es, desde

luego, obligatoria cuando se dan las condiciones necesarias para ello. Pero la suscripción del contrato no lo es. El trabajador autónomo y su cliente tienen que conocer la naturaleza del contrato que suscriben y el cliente tiene que saber que está contratando un servicio que se presta en una situación de dependencia económica. De ahí que el trabajador tenga la obligación de informar de esta circunstancia o la carga de probar, en su caso, que el cliente la conocía al contratar. Si conociendo esta circunstancia se contrata, el régimen legal será aplicable, aunque trate de excluirse por las partes o a través de las cláusulas del acuerdo pactado. La ley lo que pretende es garantizar el conocimiento del cliente sobre las condiciones en las que contrata...».

«... pues bien, en el presente caso se contrató antes de la entrada en vigor de la ley y no consta que en ningún momento después de esa fecha se comunicara al cliente la situación de dependencia económica del trabajador, ni se ha acreditado que la empresa conociera esta circunstancia. Por ello, el vínculo entre el actor y la empresa cliente no podría ser calificado como un vínculo propio del trabajo autónomo dependiente y en este punto es indiferente que la información no se haya producido en el plazo de la disposición transitoria 3.ª 2 LETA —en la redacción anterior a la Ley 15/2009—, ni después de transcurrido ese plazo ... lo anterior enlaza con el régimen intertemporal que establecen las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª de la LETA y 1.ª y 2.ª del Real Decreto 197/2009. Se trata de normas de transición entre el régimen contractual existente con anterioridad a la entrada en vigor de la LETA y el que se produce como consecuencia de la misma. Para los contratos que se suscriban a partir de la entrada en vigor de la LETA se aplica el régimen previsto en la misma (disposición transitoria 1.ª 3.º y disposición transitoria 2.ª 2.º del Real Decreto 197/2009). Pero para los contratos suscritos con anterioridad se mantiene el régimen anterior —civil o mercantil puros sin incorporación de las garantías sociales— durante los plazos que específicamente se establecen en las disposiciones mencionadas. Los contratos suscritos con anterioridad continúan aplicándose, salvo que se produzca su adaptación a la Ley, momento a partir del cual se aplicarán los preceptos de ésta, lo que sucederá también cuando hayan transcurrido los plazos, siempre que se reúnan las exigencias del art. 11 LETA y se cumpla la exigencia del art. 12.2 LETA en los términos examinados ... en el presente caso es patente que en el momento en que se produce el cese no se había adaptado el contrato, ni había transcurrido el plazo de 18 meses para la adaptación; plazo que comenzó a correr a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 197/2009, el 5 de marzo de ese año ... por tanto, ni se había cumplido el plazo para la adaptación, ni se había comunicado a la empresa cliente la situación de dependencia. En consecuencia, no existía un contrato de trabajo autónomo dependiente y tampoco podía ser competente el orden social para conocer de la pretensión deducida en estas actuaciones que no deriva del mencionado contrato, ni del régimen profesional aplicable al mismo conforme a la LETA...».

3. La decisión de la Sala casacional —en Ponencia fuertemente fundamentada por el Magistrado Don Aurelio Desdentado Bonete— es en todo caso muy discutible, y ello justificó la emisión de un voto particular por la Magistrada Doña Rosa María Virolés Piñol, cuyos principales argumentos, basados en la sentencia de contraste, son los siguientes:

«... la disposición final quinta de la Ley 20/2007 mandata al Gobierno para el desarrollo reglamentario de los Contratos del Trabajador Autónomo económicamente dependiente, pero únicamente en lo relativo al artículo 12, apartado 1, párrafo segundo. El artículo 12.1, párrafo primero, de la Ley, exige que el contrato entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y el cliente del que depende económicamente se formalice por escrito

y se registre en una oficina pública. Esta norma no está sujeta a disposición transitoria alguna. El párrafo segundo del citado número uno del artículo 12, que es al que se refiere el llamamiento al desarrollo reglamentario por el Gobierno, hace referencia únicamente a tres extremos: a) Las características de los contratos, debiendo entenderse, por el contexto normativo, puesto además esta disposición inevitablemente en relación con el párrafo precedente, que se refiere únicamente a sus características formales y no a su régimen sustantivo. Hay que tener en cuenta que la estructura normativa del Estatuto del Trabajo Autónomo se ha configurado en paralelo con la contenida en el Estatuto de los Trabajadores. En esta última norma las exigencias de forma escrita de los contratos se regulan en el artículo 8.2, así como las de registro y copia básica. Esta clara analogía permite interpretar el contenido del artículo 12.1 de la Ley 20/2007 como únicamente referido a las exigencias formales del contrato; b) Las características del Registro en el que deberán inscribirse estos contratos; y c) Las condiciones para que los representantes legales de los trabajadores tengan acceso a la información de los contratos que su empresa celebre con trabajadores autónomos económicamente dependientes ... lo que queda pendiente de regulación reglamentaria conforme a la disposición adicional quinta de la Ley 20/2007, por tanto, son los aspectos formales del contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y no su régimen sustantivo. Respecto a esos aspectos formales existe un mandato, una obligación, que el legislador impone al Gobierno para dictar dichas normas de desarrollo. En relación con el desarrollo reglamentario del régimen sustantivo y de todas las restantes previsiones del Estatuto del Trabajo Autónomo para las que no exista otra previsión específica, no es de aplicación la disposición adicional quinta, sino la habilitación genérica al Gobierno concedida por la disposición final tercera de la Ley en virtud de la cual, podrán dictarse o no normas reglamentarias, según tenga por conveniente el poder ejecutivo en el futuro...».

«... para que exista un trabajador autónomo económicamente dependiente solamente es preciso que se cumplan las condiciones del artículo 11 de la Ley 20/2007. Tales condiciones son matizadas para el caso de los trabajadores del sector del transporte por la disposición adicional undécima y para los agentes comerciales por la disposición adicional decimonovena. A su vez la disposición adicional decimoséptima difiere a un futuro desarrollo reglamentario la aplicación de la normativa sustantiva de los Trabajadores económicamente dependientes a los agentes de seguros. El artículo 12 establece requisitos formales de naturaleza obligatoria, pero no impone que la forma del contrato sea requisito de validez del mismo. Al respecto hay que tener en cuenta:

a) Que el artículo 1278 del Código Civil establece como norma general de todo el Derecho Español de contratos la naturaleza consensual de los mismos, de manera que “los contratos son obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez”, y así, conforme al artículo 1279, cuando la Ley exija el otorgamiento de escritura u otra forma especial, ello tiene como única consecuencia que las partes pueden compelerse recíprocamente a llenar aquella forma, pero no la nulidad del contrato.

b) Que ni en el artículo 12 de la Ley 20/2007 ni en ninguna otra disposición del Estatuto del Trabajo Autónomo se dice que el incumplimiento de los requisitos de forma regulados en dicho precepto tenga otro efecto distinto al previsto en el artículo 1279 del Código Civil, ni mucho menos la nulidad del contrato, por lo que, en ausencia de disposición expresa, han de jugar con carácter supletorio las normas del Código Civil anteriormente expresadas. No ha de olvidarse que el artículo 3 de la Ley 20/2007, al establecer el orden de fuentes normativas reguladoras del régimen profesional del trabajador autónomo, se nos dice que

en defecto de las disposiciones contempladas en la propia Ley 20/2007, rige la normativa común relativa a la contratación civil, mercantil o administrativa reguladora de la correspondiente relación jurídica del trabajador autónomo.

c) Que en aquellos supuestos en los que la Ley exige un requisito de forma *ad solemnitatem* y no meramente *ad probationem*, como ocurre en el artículo 1280 del Código Civil, la consecuencia de su incumplimiento es la nulidad del contrato, haciendo inexigibles las prestaciones del mismo y obligando a las partes a la restitución, conforme al artículo 1303 del Código Civil. No existe amparo normativo para pretender que la forma o su ausencia, en un caso como el aquí analizado, sea determinante de la aplicación al contrato de uno u otro régimen jurídico (el del trabajador autónomo económicamente ordinario o el del trabajador autónomo ordinario), esto es, incluso si la forma se entendiese como requisito constitutivo del contrato, la consecuencia sería la nulidad del mismo, no la aplicación de un régimen jurídico distinto. Para llegar a concluir que la forma es requisito constitutivo y que su falta determina la aplicación del régimen jurídico propio del trabajador autónomo ordinario es preciso hacer una interpretación creativa de la norma que haga decir a la misma lo que en ninguna parte dice, siendo además contrario al régimen general de los contratos regulado en el Código Civil.

d) No habría tampoco en la norma pautas para distinguir entre los tres requisitos de forma allí establecidos a efectos de determinar las consecuencias de su incumplimiento. Esto es, si se entendiese que la forma es constitutiva, ello habría de predicarse respecto de los tres requisitos de forma escrita, registro y copia básica, lo que resulta absurdo.

e) También debe considerarse que una interpretación en el sentido de que el requisito de forma escrita es imprescindible para la aplicación del régimen del trabajador autónomo económicamente dependiente llevaría al absurdo en relación con las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley 20/2007. Si entendemos que tales disposiciones significan que el régimen del trabajador autónomo dependiente se aplicará automáticamente una vez finalizado el periodo transitorio allí prescrito, con ello estamos asumiendo que se aplicará incluso si no se ha producido la adaptación formal a la que se refieren dichas disposiciones transitorias. Esto es las citadas disposiciones transitorias llevan ineludiblemente a la conclusión de que la forma escrita no determinaría la inaplicación del régimen del trabajador autónomo económicamente dependiente.

f) Finalmente hay que tener en cuenta el paralelismo de la regulación del Estatuto del Trabajo Autónomo con la contenida en el Estatuto de los Trabajadores. En este sentido el artículo 12.1 del Estatuto del Trabajo Autónomo tiene como referencia el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores, en el que también se establecen determinados requisitos de forma para determinados contratos de trabajo, así como de registro y de entrega de copia básica, regulación que obviamente ha inspirado la contenida en el Estatuto del Trabajo Autónomo. En el número dos del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores se establece para determinados contratos la obligación de forma escrita, pero su consecuencia en este caso está regulada legalmente, de manera que, efectivamente, no queda afectada su validez, sino su régimen jurídico, pero solamente en base a una mera presunción *iuris tantum*: “de no observarse tal exigencia, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios”. Por otra parte alguna otra disposición, como la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000) establece sanciones administrativas en el caso de incumplimiento de los requisitos de forma, registro o entrega de copia básica, lo que en su caso podrá en el

futuro regularse o no respecto a los requisitos formales exigidos para la contratación del trabajador autónomo económicamente dependiente...».

«... la conclusión de todo ello, siguiendo además el criterio análogo del artículo 4.1 del Código Civil en relación con el artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores, es que la falta de forma escrita determina simplemente una presunción *iuris tantum* de que nos encontramos ante un trabajador autónomo ordinario, mientras que el acogimiento a la forma escrita genera la presunción contraria a favor de la existencia de un trabajador autónomo económicamente dependiente. Pero ambas presunciones son *iuris tantum*, al igual que en el artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, afectan únicamente a la distribución de la carga de la prueba y pueden romperse mediante prueba en contrario que acredite el cumplimiento de los requisitos del artículo 11 de la Ley 20/2007, como ha ocurrido en este caso. De lo contrario, resultaría que la aplicación del régimen legal previsto en la Ley para los trabajadores autónomos económicamente dependientes carecería de virtualidad salvo que las dos partes consintieran en su aplicación, lo que parece que no es la intención del legislador que expresamente se refiere en la exposición de motivos de la Ley a la necesidad de dar cobertura legal a una realidad social que consiste en la existencia de un colectivo de trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata, lo que se hace mediante la introducción de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente, estableciéndose una regulación garantista para el trabajador autónomo económicamente dependiente, en virtud de esa situación de dependencia económica. Tal finalidad garantista quedaría sin objeto si el cliente del cual el trabajador autónomo depende económicamente pudiera excluir la aplicación de la norma simplemente dejando de cumplir las disposiciones sobre forma escrita y registro».

«... las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley 20/2007 establecen la obligación de que los contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 20/2007 entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y el cliente se adapten a las previsiones contenidas en la Ley en un determinado plazo (seis meses con carácter general y dieciocho en el caso de los transportistas y agentes de seguros). Tales disposiciones establecen igualmente la obligación del trabajador autónomo económicamente dependiente de comunicarlo al cliente respecto al que adquiera esta condición en un determinado plazo desde la entrada en vigor de la Ley 20/2007. El eventual incumplimiento de tal obligación de comunicación no determina, desde luego, la alteración de la regulación jurídica aplicable a la relación entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente, ni mucho menos de la competencia jurisdiccional, que no puede quedar al arbitrio de una parte, por ser materia de orden público. En relación con la obligada adaptación contractual a las previsiones de la Ley es necesario precisar a qué previsiones concretas se refiere, para determinar qué partes de la regulación se encuentran en vigor y cuáles sujetas a un periodo transitorio de inaplicación. Para dicha determinación es básica la referencia al desarrollo reglamentario al cual se vincula el inicio del cómputo del plazo de adaptación. Ese desarrollo reglamentario no puede ser el que resulte de la habilitación genérica al Gobierno concedida por la disposición final tercera de la Ley, puesto que dicha habilitación es una mera facultad, pero no un mandato, de manera que la existencia o no de dicho desarrollo reglamentario es contingente y no obligada. La disposición final tercera además no se refiere específicamente a los trabajadores autónomos económicamente dependientes, sino a todo el conjunto de la regulación contenida en la Ley 20/2007 respecto a todo tipo de trabajadores autónomos. Por tanto solamente puede pensarse que el futuro reglamento al cual se vincula el inicio del

cómputo del plazo de adaptación regulado en las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley 20/2007 no es otro que el previsto en la disposición final quinta de esa Ley, en la cual se mandata al Gobierno para el desarrollo reglamentario de los contratos del trabajador autónomo económicamente dependiente, pero únicamente en lo relativo al artículo 12, apartado 1, párrafo segundo, esto es, como ya dijimos anteriormente (fundamento de Derecho tercero), respecto a los aspectos formales del contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente, pero no en relación con su régimen sustantivo...».

«... a partir de este punto hay que determinar qué disposiciones de entre aquéllas relativas al trabajador autónomo económicamente dependiente que contiene la Ley 20/2007 en el capítulo III de su título II son las que están afectadas por el plazo transitorio de adaptación de los contratos (de seis o dieciocho meses, según cual sea la disposición transitoria aplicable). A juicio de esta Sala esa adaptación se refiere únicamente a los requisitos formales del artículo 12.1 segundo párrafo, que son los que quedan pendientes de desarrollo reglamentario, como lo confirma incluso el hecho de que las instrucciones dictadas por la Administración referidas al periodo transitorio claramente vinculan el mismo al desarrollo de las disposiciones reglamentarias relativas a los requisitos formales, así la resolución del Servicio Público de Empleo Estatal de 21 de febrero de 2008 (BOE 5 de marzo), por la que se establece el procedimiento para el registro de los contratos concertados por los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Por tanto por “adaptación del contrato” únicamente ha de entenderse el cumplimiento de las normas relativas a formalización por escrito, registro y copia básica y de ahí que el plazo para ello no comience a correr hasta la entrada en vigor del reglamento que desarrolle tales aspectos, lo que en otro caso sería absurdo. El término “adaptar” implica una acción positiva de transformación del contrato que solamente es pensable respecto de aquellos aspectos del mismo susceptibles de acción por las partes del mismo, como son los relativos a la formalización. La Ley no dice que el capítulo III del título II no entre en vigor hasta que se desarrollen las normas reglamentarias sobre forma y registro de los contratos, lo que, como hemos dicho, carecería de justificación. Lo que dice es que las partes habrán de actuar para “adaptar” los contratos, lo que ha de referirse necesariamente a los requisitos de forma escrita y registro, que son los que son susceptibles de acción de las partes. En relación con los demás preceptos del capítulo III del título II de la Ley 20/2007 no hay adaptación alguna que hacer en el contrato, sino simple obligación de cumplimiento o mera aplicación de las mismas por las autoridades administrativas y judiciales competentes. Esto significa que todas las demás normas contenidas en el capítulo III del título II de la Ley 20/2007 son aplicables desde el 25 de diciembre de 2007, fecha de entrada en vigor de la Ley, con la única salvedad de que las disposiciones transitorias segunda y tercera facultan a las partes para rescindir el contrato durante el periodo transitorio señalado, lo que solamente puede interpretarse como una facultad de libre resolución que excepciona en dicho sentido la aplicación durante el mismo de las disposiciones del artículo 15 de la Ley 20/2007, pero no del resto del contenido de la regulación del trabajador autónomo económicamente dependiente...».

«... pero incluso si entendiésemos que la “adaptación de los contratos” engloba el cumplimiento de las normas sobre régimen sustantivo de los mismos, no puede entenderse que la atribución de competencia al orden social de la jurisdicción forme parte del proceso de “adaptación de los contratos” que deben llevar a cabo las partes en ese periodo transitorio. Ni siquiera forma parte de dicha adaptación el propio concepto de trabajador autónomo económicamente dependiente contenido en el artículo 11 de la Ley 20/2007, puesto que su determinación, como hemos visto, se realiza de forma objetiva por la concurrencia de

los requisitos legalmente previstos y no por un acto de las partes de expresa sumisión a la normativa legal. De hecho ambas disposiciones transitorias, la segunda y la tercera, se refieren a “los contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y el cliente”, reconociendo de esta manera que ya desde el momento en que entra en vigor la Ley y sin necesidad de que transcurra el periodo transitorio de adaptación de los contratos, existe la figura del “trabajador autónomo económicamente dependiente”, cuya referencia normativa solamente puede ser el artículo 11 de la Ley...».

«... la sentencia de esta Sala acepta —como lo hace la sentencia de contraste— la prioridad de los elementos sustantivos de la calificación del trabajador autónomo dependiente (art. 11 ET), y descarta el carácter constitutivo de la forma escrita del contrato, pese a que el art. 12.1 LETA establece que el contrato del trabajador autónomo dependiente “deberá formalizarse por escrito y deberá ser registrado en la oficina pública correspondiente” y ello —dice— porque, como recuerda la sentencia de contraste, en nuestro ordenamiento rige el principio espiritualista ... No obstante ello, exige que conste en “el contrato” —que puede no haberse suscrito— la condición de dependiente económicamente respecto del cliente que le contrate por no tratarse de un requisito formal, sino de uno de los presupuestos del contrato. No obstante ello, concluye señalando que en el caso es patente que en el momento en que se produce el cese no se había adaptado el contrato, ni había transcurrido el plazo de 18 meses para la adaptación; plazo que comenzó a correr a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 129/2009, el 30 de mayo de ese año; y en definitiva, que no habiéndose cumplido el plazo para la adaptación, ni comunicado a la empresa cliente la situación de dependencia, no puede apreciarse la existencia de un contrato de trabajo autónomo dependiente y tampoco podía ser competente el orden social para conocer de la pretensión deducida en estas actuaciones que no deriva del mencionado contrato, ni del régimen profesional aplicable al mismo conforme a la LETA...».

«... discrepando de la solución dada por el voto mayoritario, entiende la que suscribe como lo hace la sentencia designada de contraste, y por cuanto queda dicho, que, estamos ante un trabajador autónomo económicamente dependiente del sector del transporte, aun cuando su contrato no se haya formalizado por escrito, sin que deje de ser considerado como tal por el hecho de que nos encontremos todavía en el periodo transitorio de adaptación de su contrato, ni por las facultades de las partes en orden a rescindir el contrato propias del periodo transitorio, por cuanto dichas cuestiones afectarán en todo caso al fondo de la cuestión, pero en modo alguno a la determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de los litigios relativos a la interpretación y cumplimiento de los contratos que vinculan a los trabajadores autónomos económicamente dependientes definidos por la Ley con aquel cliente del que dependan económicamente. Consecuencia de ello, el orden jurisdiccional social es competente para el conocimiento de la cuestión sometida a enjuiciamiento, independientemente de cuáles sean las normas en cada momento aplicables al fondo del litigio, desde el 25 de septiembre de 2007, por lo que toda demanda posterior a dicha fecha y en la que se ejerzan pretensiones relativas a la interpretación y cumplimiento de los contratos que vinculan a los trabajadores autónomos económicamente dependientes definidos por la Ley con aquel cliente del que dependan económicamente ha de ser presentada ante los correspondientes Juzgados de lo Social. La demanda que ha dado lugar a las presentes actuaciones se presentó ante el Registro General de los Juzgados de lo Social con posterioridad a dicha fecha, por lo que es patente la competencia del orden jurisdiccional social para el conocimiento de la cuestión sometida a enjuiciamiento...».

Una sentencia esta que no tiene desperdicio ni en cuanto a la fundamentación mayoritaria ni en cuanto a la fundamentación del voto particular, ambas rigurosas y convincentes por separado, abstracción hecha del problema de fondo o, lo que es lo mismo, de la realidad social. Lo cierto es que desde esta perspectiva práctica, cada una de las interpretaciones —y no puede olvidarse que la mayoritaria es jurisprudencia social y solo una opinión respetable la minoritaria— tiene ventajas e inconvenientes. Porque exigir, rígidamente, la declaración del trabajador autocalificándose de autónomo dependiente presenta, junto a la ventaja de evitar sorpresas *a posteriori*, el inconveniente de supeditar la heteronomía a la autonomía de la voluntad, ventaja e inconveniente que se invierten simétricamente en la interpretación más flexible. Quizá todo se resuelva —pasado el periodo transitorio— con un matiz corrector de la interpretación mayoritaria, que pudiera exigir al empresario del trabajador autónomo la pregunta a este sobre cuál sea su clientela y sobre qué porcentaje representa la retribución que le abona por sus servicios, vinculando a ambos la respuesta que el trabajador facilite, cuando no haya tomado la iniciativa de informar sobre ese extremo decisivo y a resultados de lo que pueda probarse en los supuestos conflictivos.

SSTS de 12 de julio de 2011 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3786/2010 y núm. 3258/2010), IL J 1283/2011 y J 1285/2011.

1. En esta ocasión, se procede a comentar conjuntamente dos sentencias del TS 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. En la primera sentencia, los hechos probados de los que se parte son los siguientes: D. Artemio ha prestado servicios en exclusiva para SIC, S.A. como montador de divisiones de oficina, con una retribución media de 3.757,27 euros netos mensuales desde abril de 2006. Asimismo, es probado que D. Artemio emitía facturas por el pago de los trabajos realizados, estaba dado de alta en el RETA, y aportaba los instrumentos de trabajo mientras la empresa aportaba los materiales. La obra se realizaba bajo sus propios criterios pero bajo las directrices de la empresa, que le entregaba el plano de la misma. Finalmente, y con motivo de distintas desavenencias con SIC, S.A., la empresa le comunicó en abril de 2009 que prescindía de sus servicios.

Por su parte, la segunda sentencia objeto de comentario analiza el proceso iniciado por D. Hipólito, quien prestaba sus servicios como transportista de mercancías por carretera con un camión de su propiedad a GEFECO ESPAÑA, SA, desde septiembre de 2003. El camión fue rotulado, equipado y decorado siguiendo las instrucciones de la empresa perceptora de servicios. D. Hipólito emitía facturas a cambio de las retribuciones entregadas por GEFECO, hasta que en julio de 2008 el representante de la empresa le comunicó verbalmente la resolución del contrato que les vinculaba.

En ambos supuestos se demanda ante los juzgados de lo social, que reconocen 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 sentencia de contraste común a ambos procesos la del TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de octubre de 2008, en el recurso de suplicación 1019/2008.

2. La cuestión que se plantea en los dos casos consiste en determinar si la jurisdicción social es competente para resolver las cuestiones surgidas de la ejecución de los contratos llamados TRADE, cuando se trata de contratos celebrados antes de la vigencia de la Ley 20/2007, que reúnen los requisitos establecidos en esta, para ser calificados como tales. Tal y como señala la Sala 4.^a, esta solución requiere determinar con carácter previo si estos contratos pasaron automáticamente a regirse por la citada Ley, tras su entrada en vigor, o si, por el contrario, requería la adaptación de sus contratos a la norma, tal y como dispone la DT tercera de la Ley en relación con la DT segunda, del RD 197/2009, de 23 de febrero. Es desde el momento en que esos contratos se convierten en TRADE desde el cual se activa la competencia del orden social.

En relación con esta cuestión, no meramente procesal pues afecta a la definición misma del TRADE, la Sala de lo Social argumenta, de una parte, que el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, en el que se basa el principio de irretroactividad de las leyes, impide aplicar la Ley 20/2007 a los contratos celebrados antes de su vigencia, que deberán regirse por las normas por las que se venían ordenando.

De otra parte, la Sala entiende que en el caso del TRADE la ley exige por parte del trabajador autónomo una comunicación de su condición al empresario, para proceder a ordenar su relación a través de esta nueva figura. De este modo, dicha comunicación se convierte en un requisito formal *ad solemnitatem* y no sólo *ad probationem*, lo que significa que si en ambos casos tal requerimiento no ha sido llevado a cabo excluye a los actores de su condición de TRADE y, con ello, hace incompetente a la jurisdicción social para conocer del fondo del asunto.

No obstante esta solución, en ambas resoluciones se incluye un voto particular que argumenta jurídicamente en contra de la cualificación del requisito de la comunicación del autónomo que reúne todas las condiciones para ser considerado TRADE a su cliente principal como un requisito formal *ad solemnitatem*, con lo que las consecuencias en cuanto a la solución a la cuestión inicial son totalmente opuestas a las expuestas hasta el momento.

3. Por mi parte, no puedo estar de acuerdo con las resoluciones comentadas. 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. De hecho, si atendemos a los casos concretos que han dado origen a estas sentencias, existen datos relevantes para hacernos dudar incluso de la calificación de los trabajadores como TRADE frente a su posible inclusión en el concepto de trabajador asalariado del art. 1.1 ET.

Por otra parte, de acuerdo con la doctrina del TS (Sala de lo Civil), la forma *ad solemnitatem* sólo debe apreciarse cuando la ley la imponga de manera categórica, y en el caso del TRADE la ley no ha sido contundente. En efecto, no ha previsto sanción de nulidad para el incumplimiento del requisito formal contemplado en el art. 12 de la Ley 20/2007, por lo que entiendo que excluye tal posibilidad. De hecho, el contrato sólo se podrá hacer si concurren todos los presupuestos enumerados en el art. 11 de la ley. Tampoco considero que constituya un requisito de forma *ad solemnitatem* el deber de comunicación del TRADE a la empresa para la que trabaja de su condición de dependiente económicamente, por

mucho que sea él mismo el que pueda facilitar esta información. Este elemento no puede privar de la mínima protección a estos trabajadores, una mínima protección dispensada por el orden jurisdiccional social (arts. 17 y 15 de la ley).

No obstante, hay que subrayar que estas cuestiones responden al grado de incertidumbre que genera el régimen transitorio al que quedan sujetos los TRADE que venían trabajando cumpliendo los requisitos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley (DA Segunda y Tercera de la ley), pues establecen un deber de formalización en un plazo limitado de tiempo, pero no contemplan las consecuencias del incumplimiento de este deber.

STSJ de Galicia, de 27 de mayo 2011 (Recurso de Suplicación núm.: 559/2011), IL J 1204/2011.

1. El TSJ resuelve el recurso de suplicación planteado por D. Pedro Antonio ante la sentencia de instancia que absolvía a la empresa MIVISA ENVASES, SAU de la pretensión del actor; cual era la de que se declarara como despido improcedente la extinción, por voluntad unilateral de dicha empresa, de la relación de prestación de servicios que venían manteniendo. Entre los hechos probados que sirven de base a la presente resolución destacan, de una parte, que D. Pedro Antonio, afiliado al RETA y propietario de un camión, prestaba sus servicios de transporte con exclusividad para la empresa demanda. De otra parte, queda probado que D. Pedro Antonio no tenía a su cargo trabajadores por cuenta ajena.

2. El TSJ desestima el recurso argumentando que, en la medida en que el contrato de prestación del servicio de transporte data de años antes a la entrada en vigor de la ley 20/2007, no puede ser considerado TRADE, ni aplicársele el régimen jurídico de éste. La sala sostiene que el nuevo régimen legal exige una inexcusable novación del anterior contrato, novación que requiere el consentimiento de ambos contratantes. Este consentimiento exige, a su vez, previa comunicación por parte del trabajador autónomo a su cliente, requisito cuyo cumplimiento no se deriva del relato de hechos probados. Por estos motivos se entiende que ha de mantenerse la regulación previa del contrato. Así, se obtiene de la letra de la DT tercera de la Ley y de la DT segunda del RD 197/2009.

3. De nuevo he de discrepar de los efectos negativos de esta interpretación del régimen transitorio de la aplicación del régimen jurídico del TRADE, en la medida en que acentúa la desprotección de un colectivo suficientemente desprotegido. Resulta llamativo que una norma que pretende mejorar los estándares de seguridad y transparencia de una relación jurídica tan poco clara como es la del trabajador autónomo económicamente dependiente propicie situaciones de desprotección de quienes venían siéndolo de hecho con anterioridad a la promulgación de la propia norma.

J) Otros: Becarios

Incluimos dentro de este epígrafe de zonas grises el comentario de la siguiente sentencia sobre el fin anticipado de una beca. Son cada vez más numerosos los supuestos conflictivos que se plantean alrededor de la figura del becario, y ello pese a la jurisprudencia asentada que sobre el particular existe.

STSJ de Madrid de 22 de junio de 2011 (Recurso de Suplicación núm. 6371/2011), IL J 1326/2011.

1. El actor obtuvo una beca para completar los estudios de posgrado que estaba realizando. Concretamente cursaba un máster en Dirección de Recursos Humanos. La mencionada beca tenía una duración de 500 horas, a razón de 4 horas diarias, desde el 12 de enero del 2009 hasta el 11 de julio de 2009. El becario recibiría por dicha beca la cantidad de 6.000 euros.

El 12 de julio de 2009 las partes suscribieron un convenio de similares características hasta el 31 de julio del mismo año.

El 1 de septiembre de 2009 las partes suscribieron un contrato de prácticas profesionales con finalización 30 de septiembre. En esta ocasión también la jornada era de 4 horas y la retribución 1.000 euros.

El 1 de octubre del mismo año se concedió una nueva beca con fecha de finalización 31 de marzo de 2010.

El 23 de diciembre de 2009 la dirección de la empresa comunica al becario que no contarán con sus servicios desde el 31 de diciembre, por lo que no deberá reincorporarse a su puesto de trabajo en el año 2010.

Durante todo el tiempo que el actor mantuvo vinculación con la mercantil, ya sea a través de las diferentes becas concedidas o ya sea a través del contrato en prácticas suscrito, se ocupó de las mismas tareas: enviar a los *manager* los C.V. para que los pudieran valorar, previamente filtraba los C.V. para comprobar que los candidatos cumplían los requisitos de titulación, idioma, remitía al *manager* la documentación que le solicitaba y generaba un anexo para firmar. Las tareas realizadas por el actor no eran supervisadas por su tutor pues confiaban en que tenía la suficiente formación y experiencia como para no requerir supervisión.

La jornada desarrollada por el supuesto becario no era de 4 horas sino de 8 horas. Además utilizaba los medios de la empresa de transporte que la empresa ponía a disposición de sus trabajadores.

2. Ante la extinción anticipada de la beca el actor interpone demanda entendiendo que lo que realmente se ha producido ha sido un despido y no la extinción de una beca. Entiende por tanto, que realmente nos encontramos ante una prestación de servicios por cuenta ajena y dependiente y no ante una relación de beca.

El juzgado de lo social por el contrario comparte los argumentos esgrimidos por la representación de la mercantil y declara que no hay una relación laboral y, por tanto, no se ha producido una extinción incorrecta.

El actor impugna el fallo del juzgado *a quo* al entender que no se ha valorado correctamente la prueba practicada. Sin embargo, el juzgado *ad quem* ratifica el fallo de la instancia y entiende que no hay relación laboral entre las partes sino sencillamente una beca.

Recuerda el tribunal que para delimitar la figura del becario de la del trabajador debemos recurrir a la asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo que determina que la principal diferencia entre becario y trabajador es que las tareas que realiza el becario no se

realizan en régimen de contraprestación sino para aportar un mérito en función de hacerse acreedor de la beca. Asimismo, la clave radica en que la beca persigue ayudar al becario a incrementar su formación, mientras que una relación laboral se caracteriza por perseguir el beneficio del empleador a través de la prestación de servicios del trabajador. De tal suerte que, al contrario de lo que sucede en una prestación de servicios ordinaria, el trabajo que desarrolla el becario no se incorpora directamente al patrimonio del empleador. No hay, por tanto, ajenidad.

3. El becario como figura situada en los márgenes grises del Derecho del Trabajo nos obliga siempre a la difícil tarea de delimitar la frontera del ordenamiento laboral.

Son de sobra conocidos los criterios manejados por el Tribunal Supremo para señalar cuándo nos encontramos ante una relación laboral y cuándo nos encontramos ante una beca. Sucintamente podríamos señalar que el objetivo primordial de la relación laboral es la obtención del beneficio empresarial a través de la explotación de los recursos obtenidos por la actividad del trabajador. Por el contrario, entre el becario y el empleador no hay dicho ánimo oneroso sino la voluntad de facilitar al trabajador un incremento o perfeccionamiento de sus conocimientos.

En consecuencia, la presente relación no puede subsumirse en la categoría de becario según la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es bastante difícil de asumir que nos encontramos ante un becario cuando este desarrolla siempre las mismas funciones unas veces como trabajador y otras como becario. A lo anterior hay que sumarle que el trabajo del actor no era supervisado por ningún tutor pues entendían que tenía los conocimientos necesarios y suficientes para desarrollar el trabajo encomendado. En consecuencia, parece inexistente el ánimo formativo de la beca.

Por tanto, ante un incierto ánimo formativo y con el evidente desarrollo de las mismas funciones en régimen laboral y de becario se debería haber aplicado la presunción del artículo 8.1 ET declarando que sí existía una relación laboral entre las partes. No puede, por tanto, compartirse el fallo del Tribunal que quizá por la participación de una Universidad infiera la existencia de una beca cuando en realidad hay una prestación de servicios por cuenta ajena y dependiente.

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. EMPRESARIO.
 - A) **Centro de trabajo: No tiene tal naturaleza el lugar donde los trabajadores prestan servicios ocasionalmente en virtud de contrata.**
3. GRUPO DE EMPRESAS.
 - A) **Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia.**
4. CONTRATAS.
 - A) **Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad.**
5. CESIÓN ILEGAL.
 - A) **Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata.**
6. SUCESIÓN DE EMPRESAS.
 - A) **Concepto de transmisión.**
 - B) **Sucesión de contrata prevista en convenio colectivo.**
 - C) **Personal de alta dirección y sucesión de empresa. Indemnización.**
 - D) **Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas. Convenio colectivo. Antigüedad.**
 - E) **Recargo de prestaciones económicas y sucesión de empresa.**

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 9 a 11 de 2011 de la *Revista Información Laboral* que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la naturaleza de centro de trabajo a efectos de elecciones a representantes de los trabajadores, la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares

(contratas y cesiones de trabajadores) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, 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. EMPRESARIO

A) Centro de trabajo: No tiene tal naturaleza el lugar donde los trabajadores prestan servicios ocasionalmente en virtud de contrata

La STSJ Castilla-La Mancha, de 12 de julio, IL 1382/2011, analiza si tiene naturaleza de centro de trabajo, a efectos de elecciones a representantes de los trabajadores, el lugar donde la empresa empleadora ejecuta servicios de jardinería y limpieza derivados de una contrata celebrada con la empresa principal en el centro de trabajo de ésta. La empresa contratista tiene asignados siete trabajadores para ejecutar los trabajos de dicha contrata en el centro de trabajo de la empresa principal, antes citado. Con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 20-2-2008, Rec. 77/2007), sobre el concepto de centro de trabajo como circunscripción electoral, y habiendo aceptado la revisión del hecho probado de que las elecciones sindicales en la empresa empleadora siempre se habían llevado a cabo tomando como unidad electoral la de la sede de ésta, concluye que:

«... partiendo del alcance, contenido y significado especialmente trascendente de lo que deba entenderse por centro de trabajo, y trasladándolo al caso analizado, deberá concluirse en el sentido de no poder catalogar como tal al que se quiere hacer valer como de la empresa actuante en la localidad de Almonacid de Zorita, y ello por cuanto que el hecho de que la empresa, en virtud de la suscripción de una contrata, proceda a destacar en un determinado lugar, en este caso, en la Central Nuclear José Cabrera, a un determinado número de trabajadores, no implica la creación con ello de un nuevo centro de trabajo, puesto que para su existencia se precisaría la concurrencia de otros elementos susceptibles de calificarlo como tal, esto es, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.5 del ET, sería imprescindible la existencia de una unidad productiva, una organización específica y un funcionamiento autónomo, derivándose de todo ello unos efectos concretos y específicos en el ámbito laboral. Circunstancias que no cabe extraer del hecho de que siete trabajadores de una empresa, en función de una contrata específica y determinada, de duración limitada en el tiempo, sean destacados para llevar a cabo las tareas que de aquella se derivan, en un centro de trabajo perteneciente a la entidad contratante».

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia

El ordenamiento laboral español no dispone de un tratamiento general y sistemático de los grupos empresariales, a pesar de lo cual la jurisprudencia laboral se ha ocupado tradicio-

nalmente de este fenómeno en determinados supuestos. Como regla general, la existencia de un grupo de empresas no produce efectos jurídicos sobre las relaciones laborales de quienes prestan servicio en alguna de las empresas del grupo. Las sociedades que componen un grupo empresarial poseen personalidad jurídica propia a todos los efectos y, por ello, deben también responder de manera independiente de las obligaciones laborales adquiridas por cada una de ellas. Para que se produzca la extensión de responsabilidad de forma solidaria entre las empresas que forman el grupo, según jurisprudencia consolidada, es necesario que concurren alguno de estos elementos adicionales: funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva a favor de varias empresas del grupo; creación de empresas aparentes sin sustento real; confusión de plantillas, patrimonios, apariencia de unidad de empresarial y unidad de dirección. La **STSJ de Madrid de 27 de junio, IL 1331**, analiza la presencia o no de alguno de los elementos citados, con ocasión de un asunto de despido disciplinario de un alto directivo en el que se solicita por el demandante la extensión de responsabilidad solidaria a las tres empresas del grupo de empresas. En dicha sentencia se condena por despido improcedente a la empresa empleadora y a otra empresa participada al 100% por la primera, por haber quedado probado que el actor prestaba sus servicios de Director General indistintamente para una y otra, considerando que concurre el elemento de prestación indistinta y simultánea, que es uno de los criterios que la jurisprudencia considera como decisivo para apreciar la responsabilidad solidaria de las empresas que reciben tal prestación de servicios. En cambio, según la citada sentencia, no cabe extender la responsabilidad solidaria a la empresa matriz del grupo de empresas, porque:

«No se ha acreditado prestación de servicios del actor para FCC ni tampoco —tras la aceptación de los motivos correspondientes de revisión de hechos probados— la concurrencia de ninguno de los factores o elementos que la jurisprudencia tiene en cuenta para declarar la responsabilidad solidaria de las sociedades pertenecientes a un grupo mercantil. La sentencia de instancia se ha basado en el simple hecho de que la carta de despido, dirigida al actor por su empleadora ESPELSA, iba firmada por el Director de Recursos Humanos de FCC. Pero este hecho ni siquiera sería indicio de prestación indistinta de servicios por parte del actor, sino que en todo caso lo sería de la prestación de servicios del Director de Recursos Humanos de FCC también para ESPELSA. En todo caso, la estimación de los motivos de revisión de hechos pone de relieve la existencia de contratos de gestión y la propia sentencia ya declara probado que el Director de Recursos Humanos de FCC era apoderado de ESPELSA».

También analiza la concurrencia o no de los criterios jurisprudenciales citados para entender la existencia de responsabilidad laboral al grupo de empresas la **STJ de Madrid de 27 de junio, IL 1330**, en esta ocasión con motivo de un despido objetivo por causas económicas, al entender el demandante que el mismo debía ser declarado improcedente por no concurrir la causa económica que alegaba la empresa, ya que al encontrarse ésta integrada en un grupo disponía de activos y de liquidez suficientes, por lo que no estaba facultada para despedir al trabajador. Entiende el Tribunal que no concurren los indicios que pueden poner de manifiesto la existencia de responsabilidad laboral al grupo como tal, ya que no se acredita la unidad de caja entre el empleador y el resto de empresas codemandadas; no hay tampoco unidad de dirección, y el hecho de que algunas de las empresas tuvieran oficinas

en la misma dirección no es tampoco un indicio determinante de que todas ellas forman un grupo a efectos laborales. Tampoco es relevante, según la sentencia, el hecho de que las otras empresas demandadas fueran titulares de parte del capital social de la empresa empleadora, ya que ello si bien puede poner de manifiesto la existencia de un grupo a efectos mercantiles no puede entenderse que las mismas derive la responsabilidad laboral a efectos puramente laborales, por lo que no cabe, de forma correlativa, entender que debe tenerse en cuenta el patrimonio de todas las empresas del grupo para determinar la concurrencia de la causa económica que alega el empresario, tampoco cabe, obviamente, responsabilidad alguna al resto de empresas demandadas.

4. CONTRATAS

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

Las prestaciones económicas por accidente de trabajo o enfermedad profesional derivados de incumplimiento empresarial de las normas de prevención de riesgos laborales pueden ser incrementadas a través de la imposición recargo de prestaciones económicas previsto en el art. 123.1 LGSS. Este precepto hace recaer la responsabilidad del recargo en el «empresario infractor». Sin embargo, esta clara y precisa prescripción normativa presenta cierta dificultad interpretativa en orden a determinar el concreto sujeto responsable cuando se trata de trabajos prestados a través de contratas y subcontratas. Ello se debe a la concurrencia de una pluralidad de sujetos empresariales posibles responsables, a la variedad de normas que disciplinan la responsabilidad derivada de infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, y a la necesidad de interrelacionar esta normativa con la que regula las obligaciones y deberes de empresario principal y contratista en la materia, como son los artículos 42 ET, 24.3 LPRL y 42.3 LISOS. A esta dificultad interpretativa ya hemos aludido en crónicas anteriores (véanse, por ejemplo, crónicas núm. 44, 46, 47).

A la determinación del sujeto responsable del recargo de prestaciones económicas aluden tres pronunciamientos judiciales de los recaídos en el período examinado: la **STSJ de Castilla y León de 29 de junio de 2011**, IL 1336/2011, la **STSJ de Castilla y León de 29 de junio de 2011**, IL 1338/2011, y la **STSJ de Cataluña de 8 de junio de 2011**, IL 1219/2011.

En los tres supuestos, el accidente de trabajo se produce en el centro de trabajo de la empresa principal. Como es sabido, en estos casos las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales afectan a todas las empresas relacionadas con la contrata, ya sea empresa principal, contratista o subcontratista, existiendo obligaciones comunes e individuales, por aplicación de lo dispuesto en el art. 24 LPRL. Por ello, cuando se produce un accidente de trabajo de un trabajador que presta servicios para una contrata, cabe tanto la responsabilidad solidaria de las empresas implicadas en la contrata como la condena individualizada de cada una de ellas, en función de su participación en los incumplimientos normativos que produzcan el accidente de trabajo.

En este sentido, la **STSJ de Castilla y León de 29 de junio de 2011**, IL 1338/2011, declara responsable del recargo de las prestaciones por falta de medidas de seguridad al empresario principal en exclusiva, empresa dedicada a la promoción inmobiliaria y a la construcción, por considerar que al ejecutarse la contrata en un centro de trabajo de la empresa principal, consistente en la rehabilitación de un edificio de su propiedad, por tanto ésta tiene el deber de vigilar el cumplimiento por los contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. El accidente lo sufre un trabajador de la empresa contratista encargada de la carpintería metálica del edificio. El andamiaje había sido instalado por otra empresa con la que contrata la empresa principal, y el accidente se produce por la caída del trabajador por un hueco generado por la rotura de un tablón de madera que sustituía una de las tres ménsulas metálicas necesarias para sostener el andamio provisto en la fachada del edificio. El incumplimiento de la empresa principal del deber de vigilar el cumplimiento por los contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales es elemento suficiente para la Sala para considerar a dicha empresa responsable exclusiva del recargo de prestaciones económicas, añadiendo en su argumentación que:

«Con independencia de que se hubiera podido extender la responsabilidad a la empresa empleadora del trabajador accidentado e incluso a la empresa que proporcionó y montó el andamio, lo cierto es que dado el carácter solidario de la responsabilidad de todas las empresas a quienes incumbe el debido cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en un determinado centro de trabajo, entendemos no se ha producido infracción de los preceptos citados por la recurrente porque se le haya impuesto el recargo con carácter exclusivo en la resolución que impugna; debe en definitiva desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia de impugnada».

Sin embargo, el mismo Tribunal y en sentencia de la misma fecha que la anterior, en un supuesto de accidente de trabajo muy similar al anterior, **STSJ de Castilla y León de 29 de junio de 2011**, IL 1336/2011, considera responsables solidarias del recargo de prestaciones económicas por accidente de trabajo tanto a la empresa principal como a la contratista. También se trataba de una actividad de construcción, en la que la empresa principal, como constructora, contrata con otra empresa la ejecución de la estructura de un grupo de chalets. El accidente del trabajador de la contrata se produce por caída desde la cubierta de una de las viviendas en la que, junto a otros dos operarios de la contratista, hacía labores de vertido y extensión de hormigón. Siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo según la cual el criterio determinante de la imposición del recargo es el concepto de empresario infractor y no el de empleador (Sentencia de 16 de diciembre de 1997, Rec. 136/1997), afirmará que:

«Es cierto que cuando los trabajadores de una empresa subcontratista entran a prestar servicios en una obra que desarrolla otra constructora, las condiciones generales de seguridad de la obra son principalmente responsabilidad de la empresa constructora. Pero la empresa empleadora de los trabajadores debe asegurarse, conforme a las previsiones del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y del Real Decreto 171/2004, de cuáles son los riesgos que el trabajo va a suponer para sus propios trabajadores, así como las medidas preventivas aplicables, incorporando la información recibida de la empresa

principal y sumando a ella los riesgos añadidos por su actividad, todo ello en base al plan de seguridad y salud de la obra. La actividad de la subcontratista no puede limitarse a una mera aportación de mano de obra y, por tanto, como debe incorporarse necesariamente una organización productiva (aunque esté integrada en la organización más amplia de la obra bajo la responsabilidad de la empresa principal), se hace responsable de su propia organización y debe incorporar una gestión preventiva de la misma, como mínimo para comprobar la adecuación del plan de seguridad y salud a su específico trabajo y su correlación con la situación real de la obra, ya que es su obligación garantizar la seguridad y salud de sus propios trabajadores, sin que la misma quede subsumida por el deber de vigilancia de la empresa principal. En este caso, si los trabajadores de la subcontratista recurrente estuviesen trabajando en idénticas condiciones que los trabajadores de la principal, al menos en relación con los riesgos a los que se anuda causalmente el accidente (riesgo de caída de altura), de manera que dependiesen de la seguridad colectiva instalada por la empresa principal, sería posible argumentar sobre la responsabilidad única de dicha empresa principal. Pero como quiera que se habían situado en una zona (la cubierta) donde no estaban los trabajadores de la principal (que actuaban como albañiles en una altura inferior), no es posible admitir que el riesgo de caída de los trabajadores de la recurrente pueda quedar subsumido en el de los trabajadores de la principal, ni que las medidas de ésta sirvan para aquella sin modificación alguna. De hecho se encontraban trabajando en la cubierta sin otra protección contra el riesgo de caída que las redes que, según los hechos probados, tenía instalada la empresa principal en un nivel inferior, no adecuadas por tanto para la protección del riesgo de la caída desde la cubierta. Es cierto que la deficiente colocación de dicha red (imputable a la empresa principal) impidió que la misma produjese un efecto de retención del trabajador que venía desde la cubierta y la encontró en su caída, pero ello no obsta a considerar la falta de protección contra el riesgo de caída de los trabajadores que desempeñaban su trabajo en la cubierta, falta de protección imputable a la empresa empleadora como obligada de la deuda de seguridad del artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, como a la empresa principal en virtud de su obligación de vigilancia (artículo 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y Real Decreto 171/2004), así como a su papel como empresa constructora en virtud del Real Decreto 1627/1997».

Otro asunto similar a los anteriores de accidente de trabajo por falta de medidas de prevención de riesgos laborales y responsabilidad solidaria de empresas principal, contratista y subcontratista analiza la **STSJ de Cataluña de 8 de junio**, IL 1219/2011. En este caso, era la empresa principal la que ponía en cuestión su responsabilidad en el recargo de prestaciones económicas, alegando en primer lugar que no se trataba de una contrata de «propia actividad», que desconocía que la empresa contratista hubiera subcontratado una parte de su actividad contratada con la principal, y que el acta de infracción había sido anulada. El trabajo se ejecutaba en el centro de trabajo de la principal, al que las empresas contratistas y subcontratistas, dedicadas al transporte de mercancía por carretera, accedían para carga y descarga de los camiones que transportan los productos de la empresa principal. El accidente se produce por atropello de uno de los conductores de la subcontratista por parte de un trabajador de la empresa principal que descargaba el camión con carretilla automotora, mientras aquél esperaba la finalización de la descarga. Para la sentencia citada, el dato de que la actividad contratada no corresponda a la denominada «propia actividad» de la empresa principal no es esencial ni determinante a la

hora de concluir en la responsabilidad solidaria de empresario principal y contratista por el recargo de prestaciones, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2008, Rec. 2426/2008. Para dicha sentencia lo decisivo es el hecho de que el trabajo se desarrolle en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados del contratista, éste y también la empresa principal, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran. Por otro lado, respecto a la alegación de la empresa principal recurrente de que desconocía la existencia de la subcontrata, la sentencia comentada argumenta que:

«Por lo demás hemos de recordar cómo la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en su art. 24, establece normas concretas y precisas que obligan a las empresas que actúan en un mismo centro de trabajo a coordinar las actividades empresariales; así, en su apartado primero, dispone que cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, dirá, las mismas tendrán que establecer los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores en los términos previstos en el apartado 1 art. 18 de esta Ley. La absoluta ausencia de esta coordinación entre las recurrentes que pasa incluso por la falta de comunicación de la aquí recurrente de su subcontrata con la empresa empleadora del trabajador accidentado, ha de alcanzar a las mismas y para determinar la responsabilidad que ahora declara la resolución recurrida. Recordemos en tal sentido cómo el artículo 14.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, sanciona o reconoce el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo; derecho que implica o genera un deber empresarial de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales que se concreta en la exigencia del artículo 18 que impone al empresario la adopción de las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias en relación con los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, tanto aquellos que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función. Actuación empresarial que es evidente no ha existido en debida forma con incumplimiento, como decíamos, inequívoco e inexcusable, del artículo 24 citado. Lo que impide reconocer la infracción de las normas legales alegadas y descartada la misma la procedencia del citado motivo del recurso».

Finalmente, respecto al argumento de la recurrente de que el acta de infracción se anuló, según la sentencia citada no se puede desconocer que es posible imponer el recargo sin que previamente haya recaído la sanción por el ilícito administrativo laboral. Si hay acta de infracción o resolución administrativa, se acompaña al informe propuesta de la Inspección de Trabajo que inicia el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad empresarial por el recargo, mas la propuesta puede formularse sin que se haya producido acta de infracción ni resolución imponiendo la sanción, aunque en este caso deberá justificarse.

5. CESIÓN ILEGAL

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

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

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

- La premisa general es que el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva (**STSJ de Cataluña de 11 de mayo**, IL J 1176/2011).
- Lo que contempla la prohibición legal es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo (art. 43 ET). La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el efectivo empleador, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empleador formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1.º Un acuerdo entre los dos empresarios para que uno proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición de empleador. 2.º Un contrato simulado entre el empleador aparente y el trabajador. 3.º Un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empleador efectivo, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad del artículo 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es el empleador efectivo asuma las obligaciones que le correspondan, evitando que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores, y de ahí la opción que concede el artículo 43 ET (**STSJ de Andalucía de 10 de mayo**, IL 1174).
- Hay cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación empresarial en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar a otra empresa mano de obra, sin poner a contribución los elementos personales y materiales que configuran su

estructura empresarial, debiendo aseverarse que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesarias para el desarrollo de tal servicio (**STSJ de Andalucía de 10 de mayo**, IL 1174).

- La válida externalización de una parte de la actividad de una empresa se ve desnaturalizada al limitarse ésta a recibir el resultado de la ejecución de la actividad desarrollada por la contratista con los medios materiales y organizativos de la principal, lo que determina la desnaturalización de la contrata que se convierte en simple provisión de mano de obra, integrando así una cesión ilegal (**STSJ de Cataluña de 11 de mayo**, IL J 1176/2011).
- Atendiendo al ejercicio de los poderes empresariales, la regla general de la que se debe partir es que cuando el empresario contratista ejerza un poder de dirección efectivo sobre sus trabajadores, esto es, cuando la empresa contratista lleve a cabo la actividad empresarial manteniendo a sus trabajadores dentro del ámbito de su poder de dirección, existirá un negocio jurídico plenamente lícito, debiendo distinguirse entre gestión empresarial mediata (o poder empresarial de carácter mediato) y gestión empresarial inmediata (o poder empresarial de carácter inmediato). Con relación a esta última, en la que deberían incluirse únicamente aquellas potestades empresariales necesarias para la gestión diaria —o inmediata—, tales como la emisión de instrucciones sobre los lugares donde desempeñar el trabajo, debe ser ejercida necesariamente por los mandos de la empresa principal, ya que así lo impone el carácter de los servicios a desempeñar. Pero lo que se refiere a la gestión empresarial mediata, su máximo exponente, el poder disciplinario del empresario, queda en manos de la empresa contratista, cuyo responsable conserva otras facultades como pueden ser el abono del salario o la concesión de vacaciones y permisos, prevención de riesgos, etc. Por ello no existe cesión ilegal de trabajadores y no se puede aplicar el art. 43.2 ET (**STSJ de Galicia de 27 de mayo**, IL 1202/2011).
- La naturaleza jurídica o pública de las empresas o empresarios real y/o formal no impide la posibilidad de la cesión ilegal, pues también la jurisprudencia ha declarado que las expresiones «contratas o subcontratas» del art. 42 del ET no se refiere solamente a contratos de obra o servicio de naturaleza privado, ya que abarcan también negocios jurídicos de semejante objeto correspondientes a la esfera jurídica pública (sentencias de TS de 15 de junio de 1996, 27 de setiembre de 1996, 14 de diciembre de 1996, 23 de diciembre de 1996 y 31 de diciembre de 1996). De modo que no puede ser obstáculo a la posibilidad de apreciar la cesión el dato de que exista una aparente contratación administrativa o convenio efectuado por un ente público y un ente privado o de naturaleza semipública (como puede serlo una fundación o un Colegio Profesional), pues lo relevante es el resultado de la indagación respecto a las condiciones en que realmente se ha ejecutado la prestación de servicios. Esto es, no se pretende una declaración formal sobre la regularidad de la contratación administrativa o laboral que sirvió de cobertura a la contratación

laboral de la trabajadora, sino de decidir si, con independencia de la apariencia de legalidad que proporciona aquella, se produjo o no una cesión ilegal de mano de obra (**STSJ de Galicia de 26 de mayo**, IL 1201/2011).

- La Administración pública cesionaria no puede pretender atribuir a los trabajadores cedidos la naturaleza de funcionarios interinos «porque, en definitiva, la naturaleza laboral de la relación de los demandantes, así nacidas con el colegio oficial de Ingenieros de Galicia, no se puede transformar en una relación funcional por derivación, en su contexto, de una cesión ilegal, que se establece en función de que se presten servicios como se dice al margen de su signo, y precisamente para obviar los efectos legales de la misma conforme al art. 43 ET, que han de ser asumidos por la Xunta de Galicia como empresa cesionaria, reconduciéndose a lo declarado en la instancia, no cabiendo tampoco una condición funcional por la vía que se dice y al margen de las normas que habilitan su admisión» (**STSJ de Galicia de 26 de mayo**, IL 1201/2011).

La aplicación de los anteriores criterios a los asuntos enjuiciados por las sentencias de referencia en el periodo analizado lleva a la **STSJ de Andalucía de 10 de mayo**, IL 1174, a declarar la existencia de la cesión ilegal:

«nos encontramos ante una verdadera cesión ilegal de trabajadores, al desempeñar sus funciones el demandante en el centro de trabajo propiedad de esta entidad bancaria, utilizando los ordenadores y programas informáticos de la empresa, que era la que le fijaba el horario y condiciones de trabajo, estando sometida a las instrucciones de empleados de la entidad, incluso sustituyendo a éstos en caso de ausencia, sin que la empresa “Serviform S.A.” ejerciera funciones directivas y organizativas de las labores del actor, que eran desempeñadas por un trabajador del “Monte de Piedad y Caja de Ahorros San Fernando de Huelva, Jerez y Sevilla (Cajasol)”. Por lo expuesto, el demandante no desarrollaba su actividad dentro del ámbito organizativo y directivo de “Serviform S.A.”, que se limitó a suministrar mano de obra a “Compañía de Medios y Servicios S.A. (CMS)” que a su vez la suministraba al “Monte de Piedad y Caja de Ahorros San Fernando de Huelva, Jerez y Sevilla (Cajasol)”, por lo que procede en aplicación del artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores declarar que existe una cesión ilegal de trabajadores, al establecer este precepto que *“En todo caso, se entiende que incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria”*, al no constar que “Serviform S.A.” pusiera a disposición de “Monte de Piedad y Caja de Ahorros San Fernando de Huelva, Jerez y Sevilla (Cajasol)” ningún elemento patrimonial propio, por lo que fue acertada la sentencia de instancia al declarar la existencia de una cesión ilegal del actor de la empresa “Serviform S.A.” al “Monte de Piedad y Caja de Ahorros San Fernando de Huelva, Jerez y Sevilla (Cajasol)”».

A igual conclusión llega la **STSJ de Cataluña de 11 de mayo**, IL J 1176/2011, al considerar probado que la contratista no ejercía un efectivo poder de dirección y disciplinario sobre sus trabajadores, además de que la retribución de la principal a la contratista evidencia que lo único que se está abonando es el trabajo.

Por su parte, para la **STSJ de Galicia de 26 de mayo**, IL 1201/2011, la verdadera empleadora para con los demandantes es la Consellería de Innovación e Industria, de la Xunta de Galicia, ya que trabajan diariamente en la Consellería dicha, en las dependencias que dicha Consellería tiene en área central, con el mismo horario que los funcionarios del Centro, al igual que vacaciones y permisos, tramitados por la delegación; todos los medios materiales son proporcionados por la Consellería; todos los trabajos que realizan son encomendados y dirigidos por los jefes de servicio, subdirector general o por el propio delegado provincial, sin que reciban órdenes de su empleadora, esto es, el colegio oficial de Ingenieros de Galicia. De este modo, la única intervención del Colegio demandado ha sido meramente formal y a través de la suscripción de los contratos y abono de nóminas (con fondos de la Xunta).

En cambio, la **STSJ de Galicia de 27 de mayo**, IL 1202/2011, considera que en el caso que enjuicia no concurre ningún elemento de los que contempla la prohibición legal de la cesión de trabajadores (art. 43 ET) para que exista la misma, ya que la empresa empleadora formal es una empresa real, con plena infraestructura empresarial, con estructura, organización y entidad propias asumiendo así los riesgos inherentes a la gestión empresarial, se comprometía en el ámbito del contrato de servicios suscrito con el Ministerio de Defensa a proporcionar trabajadores para realizar funciones de profesorado de inglés, lo que no parece implicar la necesaria transferencia de medios materiales más allá de los necesarios trabajadores, con la necesaria cualificación técnica, por lo que la Sala entiende que los trabajadores realizaban en el ámbito de la contrata trabajos específicos, distintos de los propios del personal del Ministerio. Además, según la sentencia, la trabajadora nunca dejó de estar inmersa dentro del ámbito organizativo y disciplinario de su empleadora.

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión

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

Sobre esta cuestión se pronuncia la **STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de junio**, IL 1232/2011, con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (sentencia de fecha 29 de mayo

de 2008, Rec. núm. 3617/2006, y de 27-06-2008, RJ 2008\4557) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [sentencias de 11 de marzo de 1997 (caso Süzen), 10 de diciembre de 1998 (caso Hernández Vidal), 10 de diciembre de 1998 (caso Sánchez Hidalgo), 2 de diciembre de 1999 (caso GC Allen), 26 de septiembre del 2000 (caso Didier Mayeur), 25 de enero del 2001 (caso Liikenne), 24 de enero del 2002 (caso Temco) y 20 de noviembre del 2003 (caso Carlito Abler)] sobre el concepto de transmisión de empresa y los elementos que deben concurrir para que se entienda que existe transmisión de «entidad económica que mantenga su identidad». En el asunto enjuiciado, entiende el Tribunal que se ha producido la transmisión de una «entidad económica» formada o estructurada por «un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica», lo que en el presente caso se produce. Y así, afirmará que:

«Según se declara probado, no se ha producido una mera cesión de actividad, ni de plantilla, antes al contrario, lo que ha acontecido es la transmisión a favor del Consorcio del Parque Arqueológico de Segóbriga, de una entidad económica, formada o integrada por todo un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad concreta y determinada, la cual antes se configuraba como la propia y exclusiva de la Asociación Cultural y, posteriormente, se transmitió en la correspondiente al Consorcio, tal y como lo evidencia el hecho de que toda la información relativa a facturas, proveedores, direcciones de los asistentes y participantes, etc. la cual fue confeccionada por la hoy actora, fue objeto de traspaso, mediante soporte informático, al Consorcio, el cual también se configuró como destinatario de las subvenciones que antes recibía la Asociación Cultural. Lo que implicaba situarse, efectiva y realmente, en el lugar que antes ocupaba la entidad empleadora de la actora, lo que justifica y legitima el hecho de que también tal situación implique la obligación de subrogación de la accionante, y consecuentemente el que su omisión deba ser caracterizada como constitutiva de un despido improcedente, con las consecuencias legales a ello inherentes».

A igual conclusión llega la **STSJ de Madrid de 19 de mayo, IL 1304/2011**, en un supuesto en el que por la empresa que asume la actividad transmitida se niega que exista una transmisión de empresa a los efectos de la aplicación de la subrogación laboral del profesor despedido por la empresa cedente. Según la nueva titular de la actividad, lo que hay es la celebración de un nuevo contrato con otra entidad para impartir los estudios de licenciatura por la misma, no habiendo continuado el proyecto que venía realizando la anterior para la obtención de la misma licenciatura. Con igual apoyo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el concepto de transmisión de empresa, antes citadas, el Tribunal llega a la conclusión de que en el caso de autos sí concurren los elementos necesarios para que se pueda considerar que existe una transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad. Aclara la sentencia, además, que para determinar si ha habido o no sucesión de empresa no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma. Considera, pues, la sentencia que:

«En el caso examinado del relato se comprueba cómo la Universidad demandada ha asumido, en aras a la continuación del proyecto de obtención de la licenciatura por la Universidad de Kent que antes impartió la Fundación, el material de ésta y sus instalaciones, la mayoría del profesorado, incluyendo al director de estudios y todo el alumnado de la Fundación, y

habiéndose transmitido todos los elementos materiales, la mayoría del profesorado, todo el alumnado, siendo análogas las actividades ejercidas antes y después de la transmisión, la denuncia decae y con ella el recurso, confirmándose el atinado fallo recurrido, manteniendo la declaración de improcedencia del despido, con la antigüedad reconocida de 14 de abril de 1996».

B) Sucesión de contratatas prevista en convenio colectivo

Como poníamos de manifiesto en crónicas anteriores (véase por ejemplo la núm. 47), en nuestro ordenamiento la inicial inaplicación de los efectos subrogatorios a los supuestos de transmisiones de actividad que no iban acompañadas de la cesión de una infraestructura patrimonial determinada había dado lugar a que la negociación colectiva complementara las garantías legales en aquellos sectores de actividad en los que, al descansar fundamentalmente en la mano de obra, la transmisión productiva no se enmarcaba en el ámbito de aplicación de la legislación estatal (art. 44 ET). Ley y convenio representaban dos fórmulas diversas, y de aplicación a supuestos de hechos diferentes, a través de las cuales el fenómeno subrogatorio podía producirse; eso sí, cada uno con el alcance y los efectos que sus respectivas fuentes de creación fijaban. Actualmente, el Tribunal Supremo y la mayor parte de la doctrina social de los TSJ han acogido la interpretación que viene haciendo el TJUE en el sentido de que en aquellos sectores en los que la actividad transmitida descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto organizado de trabajadores puede constituir una entidad económica que mantiene su identidad a los efectos subrogatorios. No obstante, en numerosos casos de sucesión de contratatas, la asunción de la plantilla por parte del nuevo contratista se hace por exigencia del convenio colectivo aplicable, de manera que las previsiones convencionales que imponen la subrogación en casos antes no cubiertos por la norma legal terminan por proyectar sus efectos más allá del marco negocial propio del convenio colectivo de aplicación.

Es precisamente esta materia la que se analiza en la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 19 de mayo, IL 1306/2011**, con la particularidad de que el servicio objeto de transmisión se divide en dos contratatas, con empresas diferentes, rigiendo para una de ellas las disposiciones del convenio colectivo aplicable que contempla la obligación de subrogación de todo el personal afectado por la transmisión de la actividad, y en cambio dicho convenio no se aplica a la otra empresa entrante, por lo que la sentencia analiza si se cumplen o no los requisitos de la teoría de asunción de plantilla, seguida por el TS. En el caso analizado, un trabajador presta servicios en la empresa encargada del mantenimiento integral de un centro penitenciario de Córdoba desde hace varios años. En este servicio trabajaban 7 trabajadores, siendo el actor uno de ellos. En un momento determinado la empresa principal decidió cambiar de empresa contratista, de manera que la nueva adjudicataria del servicio se encargaría del mantenimiento que prestaba antes la anterior, salvo el servicio de mantenimiento de los sistemas de seguridad electrónica instalados en el centro citado, que fueron contratados con otra tercera empresa. La empresa contratista inicial comunicó la subrogación a la segunda empresa adjudicataria y a todos los trabajadores (salvo al actor, que estaba en IT y no proporcionó su un domicilio correcto a su empleadora, por lo que ésta no comunicó nada a la tercera empresa contratista. No consta que el actor desarrollase la actividad de mantenimiento de la seguridad electrónica. La nueva empresa

contratista se subrogó en la contratación de 6 trabajadores (entre ellos, no el actor), y la tercera contratista en ninguno de ellos, contratando a un nuevo trabajador para que prestase el servicio. A resultas de ello el actor se personó en su puesto de trabajo, tras ser dado de alta, y le comunicaron verbalmente que no se le permitía el acceso al centro, porque no se había producido subrogación alguna. Formuló demanda de despido, y resultó condenada la nueva empresa contratista, que interpuso recurso de suplicación, que es desestimado por la sentencia comentada.

La sentencia comentada, aunque admite que la sucesión de empresa prevista legalmente no exige transmisión de elementos patrimoniales en aquellas actividades que se fundan principalmente en la actividad de los trabajadores (art. 44 ET), sin embargo no admite la subrogación por parte de la nueva empresa contratista en este supuesto porque no se dan ninguno de los requisitos legales para aplicar la previsión de la norma estatal (art. 44 ET), ya que dicha empresa contratista:

«no ha adquirido de la empresa saliente ningún elemento patrimonial que le permita continuar con las operaciones de seguridad electrónica del Centro penitenciario, ni ha asumido la mayor parte de la plantilla al haber contratado a un único trabajador, por lo que no ha existido la transmisión de “medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica” necesaria para que se produzca la sucesión de empresa [...] la adjudicación de una contrata o concesión administrativa no es motivo suficiente para justificar una sucesión empresarial, es necesario un elemento accesorio, o bien la transmisión de elementos patrimoniales, o la asunción de toda o gran parte de la plantilla; o que la subrogación venga impuesta por una norma convencional o por el pliego de condiciones de la contrata».

Por tanto, la sentencia desestima el recurso y mantiene la condena a la nueva empresa contratista, «ya que por parte de la empresa saliente, se cumplieron todos los requisitos convencionales del art. 44 del convenio del Metal de Córdoba, que sí obliga a la subrogación».

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

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

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

Sobre esta cuestión se pronuncian la **STSJ de Cataluña de 4 de mayo**, IL 1166, y la **STSJ del País Vasco de 28 de junio**, IL 1332. La primera de las sentencias citada analiza

la aplicación de la subrogación por convenio colectivo, y los requisitos para aplicarla en supuestos en los que se discute sobre si la información aportada por la empresa saliente a la entrante es la que establece el convenio. En el caso comentado, la empresa saliente afirmaba haber aportado la documentación requerida, y la entrante negaba este hecho, y por ello negaba la validez de la subrogación. Sobre el particular, recuerda la STSJ la jurisprudencia del TS en el sentido de que si no se cumplen los requisitos del convenio, incluidos los relativos a la información facilitada por la empresa saliente a la entrante, la subrogación no se produce, y el trabajador no queda desvinculado de la empresa saliente (STS 20-9-2006) (salvo que el mismo convenio establezca una sanción diferente a tal hecho, como hace el Convenio de Seguridad Privada), aunque tal doctrina ha sido matizada por el mismo TS en el sentido de que el requisito relativo a la documentación que la saliente debe entregar a la entrante se debe entender cumplido si se entrega la «documentación imprescindible» (SSTS de 11-3-2003 y 28-7-2003), que se debe entender como la relativa a si el trabajador afectado cumple o no los requisitos de antigüedad mínima exigida por el convenio aplicable para aplicar la subrogación. Esta información era conocida, al entender del TSJ, por la empresa entrante, ya que la actora había acudido a las reuniones previas que esta empresa había tenido con los trabajadores subrogados. Y por ello la no subrogación de la actora debe entenderse como despido improcedente.

Más contundente se muestra la segunda de las sentencias citadas, **STSJ del País Vasco de 28 de junio de 2011**, IL 1332, en la que se mantiene que el incumplimiento por parte de la empresa saliente del deber de información no puede perjudicar al trabajador y que ésta no puede exigir la subrogación de la entrante, pero el trabajador sí la puede exigir. Según la citada sentencia la razón fundamental de la oposición de la empresa entrante a la subrogación del trabajador es la falta de entrega por parte de la empresa saliente de la documentación referida en el artículo 14 del Convenio colectivo Estatal de Seguridad Privada, y por tanto no puede tener efecto la subrogación:

«En este caso, como se indica también en la sentencia del Tribunal Supremo citada, la asunción de la plantilla no se debe a una decisión voluntaria, sino al cumplimiento de un convenio colectivo. Y el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente no afecta al alcance de la obligación de subrogación, como ya estableció el TJCE en su sentencia de 24 de noviembre de 2002 en el caso Temco Service Industries, en el que la nueva empresa se hizo cargo del personal en cumplimiento de una cláusula del convenio colectivo aplicable. Y ello en definitiva supone que el incumplimiento por parte de la empresa saliente del deber de información no puede perjudicar el derecho del trabajador a la subrogación sin perjuicio de que, como indica la sentencia del TS de 6 de marzo de 2006, la empresa incumplidora no pueda exigir la subrogación pero sí los trabajadores afectados».

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

Sobre esta cuestión se pronuncian tres sentencias en el periodo analizado. Así, la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 25 de mayo**, IL 1197/2011, según la cual el 23-9-2010 cesa una empresa en la adjudicación del servicio de vigilancia en el Centro de Alzheimer, que se adjudicó a otra empresa. En esta fecha la empresa saliente comunica al actor que

cesa en su relación laboral, y que pasaría por subrogación a la otra empresa. Esta empresa se negó a subrogarse en el contrato del actor por no reunir «de forma manifiesta» los requisitos del convenio. El pliego de prescripciones técnicas de la nueva contrata exigía al adjudicatario designar como responsable del servicio a un profesional, debidamente cualificado, para las funciones de dirección, organización y coordinación de los servicios, y que formará parte de la plantilla de la adjudicataria. A resultas de ello la empresa saliente remite a la nueva empresa la relación de trabajadores adscritos al servicio y los datos exigidos por el convenio, entre los que figura el actor con categoría de jefe de servicio y la antigüedad poseída, documentación que recibió la otra empresa haciendo constar que no estaba conforme. La sentencia de instancia absuelve a la empresa entrante y condena a saliente, quien recurre en suplicación y el TSJ desestima el recurso.

La Sala considera que el hecho de que el actor estuviese en el régimen de asimilados al General de Seguridad Social o que fuese hasta mayo de 2010 consejero mancomunado no impide la consideración del actor como trabajador por cuenta ajena, ya que es posible reunir la dualidad de relaciones (laboral y societaria) en una misma persona, como ha dicho ya el TS (SSTS de 18-3-1991 y 24-10-1988). Pero el hecho de que en abril de 2010 el salario diario del actor fuese 40,60 euros diarios y el mes siguiente (mayo/2010) se triplicase, pasando a 120 euros diarios, sin que conste razón aparente para ello, unido al de que en abril de 2010 el actor cobrase un elevado complemento de puesto de trabajo (desconociéndose a qué puesto iba referido) y unos gastos de representación, hacen dudar a la Sala de que el actor fuese hasta mayo de 2010 un simple trabajador adscrito a un centro de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que al actor se le adscribe al Centro del Alzheimer y se le transforma el contrato en indefinido, reconociéndole antigüedad desde el 1991, cuando ya se había iniciado el procedimiento para convocar a concurso la contrata del centro del Alzheimer. La Sala concluye que estas circunstancias anómalas de la última contratación y los cambios efectuados en las condiciones de trabajo del actor hacen considerar que la empresa saliente intentó hacer desaparecer toda sombra de duda sobre la naturaleza jurídica de la relación laboral del actor con ella, a fin de subrogar al actor con la nueva adjudicataria, pese a que en el actor concurren circunstancias que permiten entender que el mismo ejerce de hecho ciertas facultades de dirección. Por tanto, si el demandante ostenta ciertas facultades del poder de dirección, no estaría incluido en el art. 14 del convenio de seguridad. Y si el actor es trabajador desde esta fecha, junio de 2010, no tiene el requisito de la antigüedad de seis meses en el centro que exige el art. 14 del convenio. En consecuencia se desestima el recurso, y se mantiene la condena a la empresa saliente, ya que el actor no tiene la antigüedad requerida para la subrogación, pero es trabajador de esta última y la terminación de la contrata no es causa de despido.

En similar asunto sobre cumplimiento o no del requisito de la antigüedad de la trabajadora en el servicio objeto de transmisión se pronuncia la **STSJ Asturias de 3 de junio de 2011**, IL 1214, que considera que se dan todos los requisitos para proceder a la subrogación, ya que la actora tiene la antigüedad mínima requerida por el convenio para la subrogación. Y ello porque los días en que la actora ha estado en IT y en vacaciones computan a efectos de antigüedad en el centro necesaria para la subrogación, es decir, «son computables, a tal efecto, los días que permaneció de baja y disfrutando vacaciones». Además, la citada sentencia no considera que existiera fraude alguno en el acuerdo referido con los representantes de los trabajadores: «El fraude que la empresa recurrente alega, para negar a

la actora la antigüedad exigida por el precepto, no está probado, pero, además, ningún ánimo defraudatorio se advierte en los acuerdos a los que llegaron Sabico y los representantes de los trabajadores que, con el fin de preservar el empleo de los trabajadores afectados por la decisión de Sabico de no presentarse a un nuevo concurso para la adjudicación del servicio de vigilancia de Correos, acordaron reubicarlos en distintos centros, destinando a la actora a la Casa Malva».

Mayor complejidad interpretativa sobre el cumplimiento del requisito convencional de antigüedad mínima del trabajador en el servicio transmitido por sucesión de contratos de vigilancia y seguridad se presenta en el asunto analizado por la **STSJ del País Vasco de 28 de junio de 2011**, IL 1333/2011. La sentencia analiza un supuesto en que el trabajador actor presta servicios para una empresa de seguridad como escolta, prestando servicios de escolta a personas concretas de una determinada empresa, y por orden de la empresa de seguridad pasó a prestar servicios de escolta para otra entidad distinta a partir de abril de 2010. El actor prestó servicios de escolta a varias personas del Gobierno vasco a partir de esa fecha. El Gobierno vasco convocó a concurso la actividad de escolta, adjudicándose este nuevo concurso a varias empresas que se han adjudicado el servicio de escolta de las personas que eran escoltadas por el actor (salvo una, porque el servicio de escolta de esta persona no continúa prestándose). La primera de las empresas notifica al trabajador el cese de su contrato por subrogación a la nueva adjudicataria, y la nueva adjudicataria rechaza la subrogación porque el actor no ha estado prestando servicios de escolta a la última persona que escoltó el mínimo temporal exigido por el convenio para la subrogación. El actor no desea que se produzca dicha subrogación. La sentencia de instancia declara que no ha habido tal subrogación y condena a la primera de las empresas por el despido, absolviendo a la nueva contratista del servicio. La sentencia de suplicación declara haber lugar al recurso y condena a la entrante.

La citada sentencia parte de la base, declarada por el Juzgado de instancia y que la Sala acepta, de que el supuesto enjuiciado no se rige por la regulación legal (art. 44 ET), sino por el convenio de seguridad, y que:

«el requisito de permanencia temporal (...) se vincula en la norma al servicio objeto de subrogación, que en estos casos ha de estimarse que se refiere a la concreta contrata del Gobierno Vasco, con independencia de las singulares personas escoltadas (...) la comprensión del requisito ha de efectuarse desde la globalidad del servicio objeto de subrogación y no desde la singular parcela adjudicada a cada nuevo contratista».

Por tanto, la subrogación debe aplicarse, porque el actor lleva siete meses trabajando en la concreta contrata del Gobierno Vasco, en servicios de escolta que han sido adjudicados (todos salvo el de la persona cuya escolta ha sido suprimida) a la empresa entrante. El hecho de que el trabajador se oponga a la subrogación no puede ser tomada en consideración. En consecuencia, la sentencia comentada estima el recurso de suplicación, absuelve a la empresa saliente y condena entrante.

- Cumplimiento de todos los requisitos del convenio colectivo aplicable para que opere la subrogación, pero incumplimiento del requisito legal de que el vigilante de seguridad ostente la autorización administrativa para ejercer dicha actividad.

Sobre la falta de este requisito legal, pese a que se cumplan todos los requisitos del convenio colectivo aplicable, se pronuncian dos sentencias en el periodo analizado. La primera es la **STSJ de Cataluña de 7 de junio**, IL 1217/2011. En la misma se considera probado que la trabajadora presta servicios como vigilante de seguridad, sin tener la autorización administrativa para ello, en una empresa de seguridad privada, que su vez se había subrogado en la trabajadora de la anterior contratista de seguridad. La trabajadora llevaba varios años prestando estos servicios. La Universidad de Girona es la entidad cliente del servicio, y finaliza la contrata con dicha empresa, adjudicándosela a una nueva empresa contratista de seguridad. La nueva contratista de la seguridad de la Universidad se niega a aceptar la subrogación de esta trabajadora, porque aunque cumple el requisito de antigüedad establecido en el convenio no tiene la habilitación administrativa necesaria para prestar el servicio.

La sentencia citada, con cita de otra del mismo Tribunal de fecha 16-5-2000, considera que la empresa saliente incurrió en negligencia al emplear al actor en una actividad que no podía desempeñar, por falta de la autorización administrativa necesaria, y esto no puede llevar aparejada una obligación de la empresa entrante de subrogarse en esta relación por aplicación automática del convenio colectivo, porque ha de entenderse que esta obligación de subrogación se refiere solamente a aquellos trabajadores que cumplan los requisitos legales para el desempeño de la función que realizan, y por ello la negativa de la entrante a subrogarse en estas condiciones no puede considerarse un despido. Por tanto, procede la absolución de la entrante. Con esto, se crea un problema procesal: si la entrante es absuelta por la sentencia de suplicación, y la saliente fue absuelta por la sentencia de instancia, contra la que no ha recurrido la parte actora, resulta que el despido queda sin parte que resulte condena a las consecuencias legales. La Sala aplica la solución dada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 200/1987, de 16 de diciembre, y condena a la empresa saliente, sin que esto suponga una situación de indefensión de ésta, ya que fue oída en instancia, y tuvo oportunidad de impugnar el recurso de suplicación. En consecuencia, el fallo de la sentencia de suplicación absuelve a la empresa entrante y condena expresamente a la empresa saliente.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 28 de septiembre de 2011**, IL 1364/2011 u.d., también sobre el efecto que produce la falta de autorización administrativa de los vigilantes de seguridad en los casos de transmisión del servicio objeto de contrata. Con esta sentencia se viene a unificar los dispares pronunciamientos de los diferentes TTSSJ que hasta esta fecha venían produciéndose en esta materia. La STS analiza un supuesto de hecho en que una trabajadora presta sus servicios como vigilante de seguridad sin la necesaria habilitación administrativa para prestar esta actividad, en una empresa, cuando cesa en la contrata y la nueva adjudicataria de la contrata de limpieza pasa a ser otra empresa distinta. La empresa saliente entrega la documentación relativa al actor, sin comunicar a la empresa entrante que dicho trabajador carece de habilitación para trabajar como vigilante de seguridad. La nueva empresa contratista se opone a la subrogación porque el trabajador, aunque tiene la antigüedad mínima exigida por el convenio para la subrogación, no tiene la habilitación administrativa necesaria. Consta en los hechos probados que la nueva empresa también tiene en su plantilla vigilantes de seguridad sin la habilitación necesaria. La sentencia de instancia condenó a la nueva contratista por despido nulo a la readmisión (ya que la trabajadora estaba embarazada) y al abono de salarios de trámite, y absolvió a las demás

codemandadas. La sentencia de suplicación confirmó la de instancia. El TS declara haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina.

El TS recuerda su doctrina (expuesta en la STS 18-12-2008), de que en el sector de vigilancia y seguridad la subrogación se regula por lo dispuesto en el convenio colectivo y no en el art. 44 ET, por lo que «los términos en que la subrogación se impone son aquellos que resulten de la interpretación del convenio que la instituye». Recuerda también que los defectos de información entre empresas no pueden perjudicar al trabajador si no se trata de la información básica (SSTS 20-9-2006 y 26-7-2007). Pero en el caso enjuiciado hay que poner el acento en la peculiaridad de la información que la saliente omite a la entrante, relativa a la falta de habilitación administrativa de la trabajadora afectada. La subrogación queda imposibilitada, pero no por el hecho formal de la falta de información de la saliente a la entrante relativa al hecho de que la trabajadora no tiene la habilitación necesaria, sino por el hecho sustancial de que la trabajadora carece de ésta.

«La carencia de esa autorización administrativa es aquí, pues, esencial y afecta a la recta configuración de la relación jurídica contractual entre trabajador y empresario, por lo que a la adjudicataria entrante respecta, que no puede verse compelida a efectuar el servicio con trabajadores carentes de los requisitos legalmente exigidos para el desarrollo de la específica actividad, con independencia de que conste que ya posee en su plantilla personal afectado por la misma irregularidad, circunstancia que no puede servir para imponerle la perseverancia de un *modus operandi* carente de acomodo legal. Es, por tanto, la empresa saliente la que ha de responder de la ilicitud del cese de la trabajadora».

En consecuencia, la sentencia absuelve a la recurrente y condena las consecuencias del despido a la saliente.

C) Personal de alta dirección y sucesión de empresa. Indemnización

Como hemos puesto de manifiesto en crónicas anteriores (véase por ejemplo la núm. 47), sigue siendo polémica la interpretación del Real Decreto 1382/1985, que regula la relación laboral especial del personal de alta dirección, en relación con el art. 44 ET sobre transmisión de empresa y sus efectos. En efecto, la litigiosidad deriva del hecho de que el citado RD, en su art. 3, establece: «Uno. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación. Dos. Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el estatuto de los trabajadores, solo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en este Real Decreto, o así se haga constar especialmente en el contrato. Tres. En lo no regulado por este Real Decreto o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales».

De manera que en los supuestos en los que se produce un cambio de titularidad de la empresa se sigue cuestionando el mantenimiento del contrato de trabajo del alto directivo e, incluso, en supuestos en los que dicho mantenimiento ha sido pactado entre las empresas, la aplicabilidad o no de los efectos de la transmisión de empresa previstos en el art. 44 ET.

Este último supuesto es el que se debate en la **STS, Sala 4.^a, de lo Social, de 27 de septiembre de 2001**, IL 1359/2011, u.d., dado que en el asunto no se cuestiona la efectividad de la subrogación pactada, habiéndose integrado el alto directivo demandante en la empresa cesionaria que por medio de un pacto de absorción se había subrogado en la actividad de la empresa cedente absorbida. La cuestión de fondo es la de que ante el despido disciplinario del alto directivo, efectuado por la empresa cesionaria, y declarado el mismo como improcedente, comporta la indemnización prevista en el art. 11.2 RD 1382/1985 (veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades), o la misma ha de ser la pactada con la empresa sucedida por absorción (60 días por año trabajado, con un mínimo de 36 mensualidades).

Dado que la subrogación empresarial ha sido pactada entre las empresas, y la empresa cesionaria adquirió en bloque a título de sucesión universal todos los elementos patrimoniales integrantes del activo y del pasivo, quedando la sociedad absorbente plenamente subrogada en cuantos derechos y obligaciones procedan de la absorbida, no comparte la Sala la argumentación de la demandada consistente en que, pese a dicho pacto, no se aplican al caso los efectos propios de la transmisión de empresas previstos en el art. 44 ET, ni por tanto las condiciones laborales previas que tuviera el trabajador.

Al contrario, la sentencia referida considera que:

«La sucesión empresarial comporta el respeto de las convenciones contractuales del personal de alta dirección, no sólo es una elemental consecuencia del negocio de absorción reflejado en el acta notarial más arriba indicada, y del propio concepto de la subrogación, que supone situarse —a efectos obligacionales— en la exacta posición jurídica del subrogado, sino que es un presupuesto de la previsión contenida en el art. 10.3.d) RD 1382/85, porque si el alto directivo puede durante los tres meses siguientes a la sucesión [mediando determinadas circunstancias] extinguir su “contrato especial de trabajo con derecho a las indemnizaciones pactadas, y en su defecto fijadas en esta norma”, no cabe duda que para el legislador el contrato persiste en sus propios términos y que el precepto se limita a contemplar un supuesto específico de dimisión causal, resultando totalmente arbitrario pretender —como el recurso hace— que si no es ejercida esa facultad por el trabajador su contrato pasa a regirse por las normas del RD 1382/85 y no por las del contrato».

Por tanto, según estos argumentos y con el apoyo en la plena aplicación de la Directiva sobre transmisión de empresa (2001/23 CE) en cuanto a concepto de trabajador al personal de alta dirección, y en disposición adicional primera —apartado 2— de la Ley 3/2009 [de 3 de abril], sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, según la cual «En el supuesto de que las modificaciones estructurales reguladas en esta Ley comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, serán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores», llega el alto Tribunal a la conclusión de que los pactos contenidos en el contrato de trabajo del alto directivo vinculan a la empresa cesionaria, no siendo correcta la doctrina contenida en la sentencia de contraste alegada por la demandada (STSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de Gran Canaria de 19-10-1995, Rec. 235/95).

D) Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas. Convenio colectivo. Antigüedad

La interpretación de la Directiva sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, y 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001) es el objeto de la petición de decisión prejudicial que se somete por el Tribunal de Venecia al TJUE, que se resuelve mediante la **STJUE de 6 de septiembre de 2011, IL 1146/2011**.

La petición tiene su origen en el litigio existente entre la Sra. Scattolon y el Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (Ministerio de Educación, de Universidades y de Investigación), acerca de la falta de reconocimiento, con ocasión de la transferencia de la Sra. Scattolon al servicio del referido Ministerio, de la antigüedad que esa señora había adquirido al servicio de su empleador original, el municipio de Scorzè.

La Ley italiana núm. 124 de 3 de mayo de 1999 previó la transferencia del personal administrativo, técnico y auxiliar de las entidades locales empleado en las escuelas públicas a las plantillas del mismo tipo de personal del Estado, a partir de 1 de enero de 2000. Dicha ley fue desarrollada por un Decreto Ministerial de 23 de julio de 1999, que aludía entre otras cosas a que los criterios de incorporación del personal se regularían por un Decreto tras la firma de un convenio colectivo nacional entre las organizaciones sindicales y la Agencia para la representación negocial de la Administración pública, firmándose éste en julio de 2000. Por otro lado, según el art. 2112 del Código Civil italiano «en caso de transmisión de empresa, la relación laboral proseguirá con el cesionario y el trabajador conservará todos los derechos derivados de dicha relación [...] El cesionario deberá aplicar los [...] convenios colectivos [...] que estaban en vigor en la fecha de la transmisión, hasta su expiración, salvo que sean sustituidos por otros convenios colectivos que se apliquen a la empresa del cesionario».

Las cuestiones prejudiciales que plantea el Tribunal italiano al TJUE son varias, referidas a: la aplicabilidad o no de las citadas Directivas a este supuesto de transferencia de personal; si han de tenerse en cuenta todos los años de servicio del personal transferido incluidos los cumplidos al servicio de la cedente, a los efectos de cuantificar las retribuciones económicas ligadas a la antigüedad en la entidad cesionaria; si deben interpretarse el artículo 3 de la Directiva 77/187 y/o las Directivas 98/50 y 2001/23, en el sentido de que los derechos de los trabajadores transferidos al cesionario comprenden también las ventajas adquiridas por el trabajador en la entidad cedente, como la antigüedad, si de ésta derivan derechos de carácter pecuniario en virtud del convenio colectivo vigente en la empresa del cesionario; y si los principios generales del Derecho de la Unión vigente, de seguridad jurídica, protección de la confianza legítima, igualdad de armas en el proceso, tutela judicial efectiva, derecho a un juez independiente y, en general, derecho a un proceso equitativo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que el Estado italiano adopte, después de un plazo considerable (cinco años), una norma de interpretación auténtica que difiere del texto objeto de interpretación y que se opone a la interpretación reiterada del órgano titular de la función de garantía de la interpretación uniforme de la ley, cuando además dicha norma es pertinente para la resolución de litigios en los que el propio Estado italiano es parte interesada.

La primera aclaración que hace la sentencia del TJUE referida es que, dado que la subrogación del citado personal tuvo lugar en enero de 2000 y en dicha fecha aún no había finalizado el plazo de transposición dado a los Estados miembros por la Directiva 98/50, ni entrado en vigor la Directiva 2001/23, las cuestiones planteadas deben ser resueltas sobre la base de la Directiva 77/187.

Para resolver las cuestiones planteadas, la STJUE trae a colación la jurisprudencia comunitaria existente en torno a dichas materias. Así por ejemplo, la referida a transmisión en sectores cuya actividad descansa sobre todo en la mano de obra y no tanto en la transmisión de activos:

«Un conjunto estructurado de trabajadores, a pesar de la inexistencia de elementos de activo significativos, materiales o inmateriales, puede constituir una entidad económica en el sentido de la Directiva 77/187 (véanse en particular en relación con los servicios de limpieza las sentencias antes citadas Hernández Vidal y otros, apartado 27, e Hidalgo y otros, apartado 26; véase también, acerca de la Directiva 2001/23, la sentencia de 20 de enero de 2011, CLECE, C-463/09, Rec. p. I-0000, apartado 39)».

Considera, pues, la sentencia, que «esa jurisprudencia es aplicable a la situación objeto del litigio principal dado que ninguna de las actividades ejercidas por el grupo de trabajadores afectado parece requerir la disponibilidad de elementos de activo significativos. La calificación del grupo de trabajadores como entidad económica no puede por tanto excluirse a causa de que esa entidad no comprenda elementos de activo material o inmaterial además de dicho personal».

En relación con la exigencia comunitaria y nacional de que la unidad económica mantenga su autonomía, recuerda la sentencia que:

«En el contexto de la normativa de la Unión sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores, el concepto de autonomía se refiere a las facultades, conferidas a los responsables del grupo de trabajadores afectado, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro del referido grupo, y más concretamente de dar órdenes e instrucciones y distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes al grupo en cuestión, ello sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario (véase en ese sentido la sentencia UGT-FSP, antes citada, apartados 42 y 43). Si bien es cierto que la existencia de una entidad suficientemente autónoma no resulta afectada por la circunstancia de que el empresario imponga obligaciones precisas al referido grupo de trabajadores y ejerza así una influencia amplia en las actividades de éste, es preciso no obstante que dicho grupo conserve cierta libertad para organizar y prestar sus servicios (véase en ese sentido la sentencia Hidalgo y otros, antes citada, apartado 27)».

Aplicando esta jurisprudencia al asunto objeto de examen, considera la STJUE que el personal de las entidades locales empleado en las escuelas públicas constituía dentro de la administración de esas entidades una entidad que podía organizar y ejecutar sus tareas de forma relativamente libre e independiente, por medio en especial de instrucciones emitidas por los miembros de ese personal titulares de facultades de coordinación y de dirección.

En cuanto a la cuestión que se plantea sobre si es aplicable o no a este supuesto la Directiva sobre transmisión de empresas, considera la STJU que el hecho de que el personal transferido y sus actividades están integrados en la administración pública, esa circunstancia por sí sola no puede excluir a dicha entidad de la aplicación de la Directiva 77/187 (sentencia Collino y Chiappero). La conclusión contraria no sería conforme con la jurisprudencia citada en el apartado 42 de la presente sentencia según la cual todo conjunto suficientemente estructurado y autónomo de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio constituye una «empresa» en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 77/187, con independencia del estatuto jurídico y del sistema de financiación de ésta.

Más complejas son las dos cuestiones planteadas en torno al mantenimiento de los derechos del personal transferido, en relación con la retribución económica ligada a la antigüedad del personal en la empresa cesionaria, fijada en el nuevo convenio colectivo de la cesionaria, y si la antigüedad en la empresa cedente se debe tener mantener en caso de que les suponga ventajas retributivas conforme al convenio colectivo de la cesionaria.

Con cita de la Sentencia Collino y Chiapero del mismo Tribunal, se afirma que aunque la antigüedad adquirida al servicio del cedente por los trabajadores transferidos no constituye, como tal, un derecho que éstos puedan invocar frente al cesionario, en cambio esa antigüedad sirve para determinar ciertos derechos pecuniarios de los trabajadores, y son estos derechos los que deberá, en principio, mantener el cesionario de idéntica manera a la existente con el cedente. No obstante, según el Tribunal:

«La regla prevista en el artículo 3, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 77/187, según la que “el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha [...] de aplicación de otro convenio colectivo”, debe entenderse en el sentido de que el cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa, incluidas las referidas a la retribución.

Aunque de lo antes expuesto resulta que la Directiva 77/187 reconoce un margen de actuación que permite al cesionario y a las demás partes contratantes organizar la integración salarial de los trabajadores transferidos de manera que ésta se adapte debidamente a las circunstancias de la transmisión realizada, ello no obsta a que las modalidades elegidas deben ser conformes con el objetivo de dicha Directiva. Como el Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente, ese objetivo consiste en esencia en impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión (sentencia de 26 de mayo de 2005, Celtec, C-478/03, Rec. p. I-4389, apartado 26 y la jurisprudencia citada, y acerca de la Directiva 2001/23, el auto de 15 de septiembre de 2010, Briot, C-386/09, apartado 26).

Por cuanto precede, procede responder a las cuestiones segunda y tercera que cuando una transmisión de empresa, en el sentido de la Directiva 77/187, da lugar a la aplicación inmediata a los trabajadores transferidos del convenio colectivo vigente para el cesionario, y las condiciones de retribución previstas por dicho convenio están ligadas en especial a la antigüedad, el artículo 3 de la referida Directiva se opone a que los trabajadores trans-

feridos sufran una pérdida salarial sustancial en relación con su situación inmediatamente anterior a la transmisión, debido a que su antigüedad adquirida al servicio del cedente, equivalente a la adquirida por trabajadores al servicio del cesionario, no se tenga en cuenta al determinar su condición salarial inicial al servicio de este último. Incumbe al tribunal remitente examinar si se ha producido tal pérdida salarial con ocasión de la transmisión de empresa objeto del litigio principal».

Para finalizar, y por lo que hace a la última cuestión planteada sobre si la normativa nacional vulnera los principios comunitarios, la STJUE considera que no es necesario responder, habida cuenta de la respuesta a las dos cuestiones anteriores.

E) Recargo de prestaciones económicas y sucesión de empresa

Igual que sucede en los casos de contratos de obras y servicios (referidos supra 4.A), en los supuestos de sucesión de empresas también presenta dificultad interpretativa la determinación del sujeto responsable del recargo de prestaciones económicas derivado de omisión de medidas de seguridad. Pero a diferencia de los casos de contratos, en los de sucesión de empresas la dificultad estriba sobre todo en determinar el momento en que razonablemente ha de entenderse causada una enfermedad de larga duración que llega a la calificación de enfermedad profesional con recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad. En este sentido, hay que recordar que el art. 127.2 LGSS establece que «en los casos de sucesión... el adquirente responderá solidariamente con el anterior... de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión», precepto aplicable a estos supuestos toda vez que el art. 44.1 ET deja a salvo «lo establecido en la legislación de Seguridad Social».

Estos preceptos, a su vez, deben ser puestos en relación con el art. 123 LGSS, que proclama la responsabilidad directa del empresario infractor. Así mismo, se debe tener en cuenta la doctrina jurisprudencial existente en torno a la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones económicas. Así, según la doctrina del Tribunal Supremo, a pesar de que la Sala hubiese destacado inicialmente la naturaleza sancionadora del recargo de prestaciones de Seguridad Social, afirmando que «es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo» (entre las más antiguas, SSTS 8-4-1993 —Rec. u.d. 953/92—; 16-11-1993 —Rec. u.d. 2339/92—; y 31-1-1994 —Rec. u.d. 4028/92—), lo cierto es que en los últimos tiempos la Sala ha abandonado en gran medida la tesis sancionadora, afirmando que si bien el recargo parece responder en principio al concepto genérico de sanción administrativa, en todo caso concurren una serie de notas que le alejan de esa naturaleza estrictamente sancionadora y llevan a afirmar que no se trata de una genuina sanción administrativa. En la doctrina más reciente se sostiene que la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones es dual o mixta, pues si bien desde la perspectiva del empresario infractor se presenta como una responsabilidad sancionadora, desde la óptica del beneficiario supone una prestación adicional o sobreañadida de carácter indemnizatorio (STS 30/06/08 —Rec. u.d. 4162/06—).

Esta reciente doctrina es la que trae a colación la **STS de 18 de julio de 2011**, IL 1288/2011, u.d., en el recurso que resuelve sobre recargo de prestaciones económicas en un caso de sucesión de empresas en el que la enfermedad del trabajador fue de larga dura-

ción, generándose la enfermedad antes de la transmisión pero devengándose la prestación económica de Seguridad Social con fecha posterior a la transmisión empresarial. Se discute, pues, si la misma se causó con anterioridad a la dicha transmisión o no, y si la responsabilidad por el recargo de prestaciones es solidaria para ambas empresas.

La Sala, basándose en sus razonamientos en que en esta materia no rige el art. 44 ET, sino el art. 127.2 LGSS, y conforme a este precepto la solidaridad únicamente alcanza a las prestaciones causadas antes de la sucesión, pero no así a las posteriores a la transmisión que traen su causa en incumplimientos anteriores (SSTS 28-1-2004 —Rec. u.d. 58/03—; 22-11-2005 —Rec. u.d. 4428/04—; 13-11-2006 —Rec. u.d. 578/05—; y 23-12-2007 —Rec. u.d. 2097/05), concluye que el recargo de prestaciones económicas no es transferible por la vía de la sucesión, cualquiera que sea el momento de su declaración:

«El recargo de prestaciones ostenta una innegable faceta prestacional que en cierto modo apuntaría a la posible extensión de su responsabilidad en los supuestos —como el de autos— de sucesión de empresa, tal como proclama el art. 127.2 LGSS, de todas formas su función preventivo/punitiva, la determinante idea de “empresario infractor” que utiliza el art. 123.2 LGSS (SSTS 14/02/01 —rcud 130/00—; y 21/02/02 —rcud 2239/01—), la consiguiente afirmación jurisprudencial de que “sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo” (SSTS 08/04/93 —rcud 953/92 —... 02/10/00 —rcud 2393/99—; 14/02/01 —130/00—; 21/02/02 —rcud 2239/01—; y 03/12/08 —rcud 2909/07—), la exclusión de responsabilidad por el INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y la no asegurabilidad de aquella —siquiera este mandato del art. 123.2 LGSS sea actualmente cuestionado por mor de las previsiones contenidas en los arts. 15.5 y 43.2 LPRL— (SSTS 02/10/00 —rcud 2393/99—; 21/02/02 —rcud 2239/2001—; 16/05/07 —rcud 360/06—; y 03/12/08 —rcud 2909/07—), llevan a concluir que la responsabilidad que comporta el recargo —cualquiera que sea el momento de su declaración— es intransferible por la vía de la sucesión de empresa, tal como sostiene la mercantil recurrente y como en su día había sostenido con acierto la decisión de instancia».

JESÚS CRUZ VILLALÓN

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO

IV. CONTRATACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES.
 - A) **Período de prueba.**
3. CONTRATACIÓN TEMPORAL.
 - A) **Supuestos.**
 - a) Contrato para obra o servicio determinado.
 - b) Contrato eventual.
 - c) Contrato de interinidad.
 - B) **Reglas generales.**
 - a) Conversión en indefinido.
4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL.
 - A) **Fijos discontinuos.**
 - B) **Contrato de relevo.**
6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONTRATACIÓN LABORAL. IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Entre las sentencias analizadas en este período (las publicadas en los números 9 a 11 de la revista *Información Laboral*) merece la pena destacar algún pronunciamiento que consolida la línea interpretativa de que la externalización de servicios puede motivar la terminación de contratos temporales de interinidad por vacante en Administraciones públicas por amortización de las plazas (**STS de 8 de junio de 2011, IL J 1156/2011**).

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

A) Período de prueba

Respecto de la duración del período de prueba, ha de destacarse la **STS de 20 de julio de 2011, IL J 1165/2011**, que declara nula por abusiva una cláusula convencional que establecía que el mismo sería de un año de duración para tareas de ventas:

«Sin embargo, también sin duda debe sostenerse, que la negociación colectiva no puede magnificarse hasta el extremo de admitir como válidas fórmulas convencionales que pueden resultar incompatibles con la propia finalidad y funciones —que hemos ya descrito— del instituto del período de prueba, pues una regulación convencional en la que se fije una duración excesivamente dilatada de dicho período, bien puede sugerir —como ha puesto de manifiesto la doctrina científica— que se esté dando amparo a un resultado que, en la práctica, puede asemejarse a la funcionalidad real de los contratos temporales, lo que podría encubrir situaciones de fraude de ley al poder utilizarse para enmascarar unos fines no queridos por el citado precepto estatutario. Dichas cláusulas son radicalmente nulas por contrarias a la ley y al orden público social. En estos casos, contrariamente a lo que entiende la sentencia recurrida, los Tribunales Laborales pueden declarar su nulidad bien sea a través de la modalidad procesal de impugnación de convenio colectivo, bien lo sea por la modalidad del conflicto colectivo o, en su caso, los Tribunales pueden dejar de aplicar la cláusula en cuestión, cuando se invoque por un trabajador la figura del fraude de ley».

También ha de hacerse referencia a la **STSJ de Madrid de 27 de mayo de 2011, IL J 1206/2011**, que declara la improcedencia de la extinción del contrato cuando se alega la no superación del período de prueba de modo extemporáneo por haberse acordado en sede individual una duración superior a la prevista en convenio:

«En consecuencia, perteneciendo el actor al grupo profesional de personal operario, y siendo su categoría la de Peón, la duración máxima del período de prueba que por mandato convencional le corresponde es de quince días, que no de treinta como se acordó en el contrato de trabajo, lo que significa que, iniciada la vigencia de éste en 2 de diciembre de 2009, y habiéndosele comunicado la extinción del mismo por no superar tan repetida prueba el día 7 de enero de 2010, había transcurrido entonces con creces la duración máxima prevista colectivamente, de lo que se sigue que el cese en cuestión entraña un verdadero despido, que, carente de causa, debe calificarse como improcedente con los efectos legales propios de tal declaración, y sin que en la conclusión apuntada cuente con la menor incidencia la razón por la que su empresario formal pudo retrasarse a la hora de participarle tal decisión extintiva».

En tercer lugar, la **STSJ de Cataluña de 20 de junio de 2011, IL J 1314/2011**, que declara la nulidad de la extinción de contrato durante el período de prueba aplicando la nulidad objetiva derivada del art. 55.5 y refrendada jurisprudencialmente:

«Pues bien, a la luz de la doctrina expuesta, en el caso de autos, existen unos indicios evidentes de discriminación por embarazo, consistentes en: — Falta de prueba de incumplimientos contractuales de la trabajadora o de realización inadecuada de sus funciones de

control de calidad o de cualquier otra circunstancia que justifique su cese. — Embarazo de la trabajadora. — Coincidencia del despido con la primera visita que tenía programada con la comadrona, el 16 de marzo de 2010 lo que es indicio inequívoco del conocimiento del embarazo por la empresa. Todo ello, unido a que la demandada no ha logrado la prueba de que el despido tiene causas reales absolutamente extrañas a la discriminación por sexo, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, mantienen la virtualidad probatoria de dichos indicios y queda acreditada la existencia de discriminación por razón de sexo».

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) *Contrato para obra o servicio determinado*

El contrato por obra es objeto de análisis en varias de las resoluciones que encontramos en el período de referencia. De un lado, la **STSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2011, IL J 1191/2011**, que declara que no se ajusta a derecho el contrato extinguido durante la vigencia de la obra o servicio que justificaba su temporalidad:

«En el caso que se examina la temporalidad de los contratos de los actores no tenía por causa la duración de contrata alguna, sino que se trataba de contratos temporales para obra determinada, obra que, contrariamente a lo que se indicaba en los “preavisos de cese” efectuados a cada uno de ellos —e impugnados como constitutivos de despido— a esa fecha no estaba finalizada, por lo que, no resulta de aplicación a este supuesto, la doctrina del Tribunal Supremo y de esta Sala que cita la recurrente, referidas a supuestos de extinción de contrata, dado que, ni el contrato suscrito entre la promotora, PRACSA, y la constructora, GOYPESA, es una contrata o subcontrata del artículo 42 del ET, al no tener las promotoras de construcción de viviendas el carácter de empresarios dedicados a la propia actividad, según ha declarado el Tribunal Supremo (SSTS de 20/07/2005 y 21/10/2006), ni los contratos temporales suscritos por la constructora GOYPESA y los actores tenían como causa de su temporalidad la duración de contrata o subcontrata alguna, sino la obra consistente en la construcción de las 88 viviendas a que se hacía referencia en los mismos y que constituía su objeto. [Así, ...] la notificación del cese por ella efectuada a los actores, por finalización de la obra objeto del contrato, sin que concurriese realmente esa causa de extinción del mismo, entrañaba un despido, que había de calificarse como improcedente y surtir los efectos que para dicho supuesto prevén los artículos 56 del ET y 110 de la LPL».

Por otra parte, la **STS de 27 de septiembre de 2011, IL J 1362/2011**, se pronuncia de nuevo en relación con la inexistencia de obra o servicio en los supuestos de realización de tareas de prevención y extinción de incendios siendo la empresa una empresa pública. En el mismo sentido, se pronuncia la **STS de 22 de septiembre de 2011, IL J 1300/2011**, señalando que «la contratación adecuada es la de contrato por tiempo indefinido de carácter discontinuo, a tenor de lo previsto en el art. 15.8 ET, al haberse constatado la necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, reiterándose la necesidad en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados, ya que la necesidad de prevención y extinción de incendios

forestales responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa pública demandada, las campañas se vienen reiterando anual y cíclicamente en años sucesivos».

Finalmente, la **STSJ de Galicia de 1 de julio de 2011, IL J 1376/2011**, concluye que sí es ajustado a derecho el contrato por obra pactado con el trabajador por la Administración para realizar una obra que tiene autonomía y sustantividad propia:

«[...] en el presente caso dichos requisitos se cumplen en su integridad por cuanto el actor ha sido contratado el 2 de enero de 2008, siendo el objeto del contrato “a realización da obra o servizo encomenda da Consellería de Innovación e Industria para a xestión da rede de dinamización do plano estratéxico galego de sociedade da información —PEGSI— (2007-2010), ano 2008 e para postos de traballo de técnicos dinamizadores da sociedade da información” —hecho probado segundo— y efectivamente el actor fue destinado a la realización de tareas de tal índole (organización de cursos y talleres de informática e internet, así como el asesoramiento en dicha materia disponiendo de autos a dicho fin en los Ayuntamientos en los que desarrollaba su función —hecho probado tercero—, dicha actividad de la empleadora presenta autonomía propia ya que el objeto social de la misma es más amplio y tal actividad se halla determinada por el convenio de colaboración celebrado con la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia, que es a quien incumbe la ejecución de las políticas y adopción de las medidas de incentiación del desarrollo de la tecnología digital, a todos los niveles, dentro de la Comunidad Autónoma, y por último se halla plenamente identificado dentro del contrato el objeto del mismo, por lo que se cumplen los requisitos formales del mismo y en la ejecución de dicho contrato se ha cumplido con la previsión de lo pactado».

b) Contrato eventual

La **STSJ de Galicia de 17 de junio de 2011, IL J 1313/2011**, resuelve que no se ajusta a derecho el contrato eventual para dar cobertura a servicios en lo que no concurre la necesaria eventualidad y concluyendo así en la inadecuada extinción contractual:

«La empresa demandada, ha empleado a la trabajadora en tareas que no revisten carácter de eventualidad, si por tal 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; pues no puede tener este carácter eventual la ocupación de la actora consistente en poner al día en el trabajo que siempre vino realizando a Doña Reyes, trabajadora habitual de la plantilla de la empresa que se reincorpora tras excedencia por cuidado de un hijo, con lo cual se están contraviniendo los principios básicos de legalidad sobre la causa de temporalidad de estos contratos de trabajo (en este sentido STS de 20 de marzo de 2002)».

c) Contrato de interinidad

En relación con los contratos temporales de interinidad por sustitución cabe hacer referencia a la **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de julio de 2011, IL J 1386/2011**. En dicho pronunciamiento se declara la licitud de un contrato de interinidad suscrito identificando la trabajadora sustituida, y designando como causa de la sustitución no una concreta, sino

la general relativa a la cobertura de trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo, sin otras especificaciones. El Tribunal entiende que no existió irregularidad susceptible de convertir la relación laboral en indefinida por concurrencia de fraude de ley al sustituirse a una trabajadora que estaba en situación de incapacidad temporal y sin solución de continuidad pasar la sustituida a la suspensión por maternidad. En este sentido, se argumenta:

«En efecto, si el contrato suscrito no hace mención alguna a la IT de la sustituida como causa de la interinidad, sino más ampliamente a su “derecho a reserva” y ésta se mantiene sin solución de continuidad primero por la IT surgida durante el embarazo [y con más que probable causa en el mismo, dada su duración de cinco meses] y posteriormente por el descanso por maternidad, para la Sala es claro que no cabe aplicar el art. 8.c).3.ª RD 2720/1998 [que extingue el contrato cuando cese la causa que dio derecho a la reserva], porque el contrato no contemplaba como causa generatriz la “causa de la reserva” [hipotéticamente la IT], sino la de la propia «reserva» y mientras la misma se mantuviese, y como efectivamente se mantuvo —sin solución de continuidad, repetimos— con la segunda causa [descanso por maternidad], por eso mismo y porque persiste “la ausencia del trabajador sustituido” [precitado art. 4.2.b)], no llegó a producirse la extinción del contrato con el alta médica y la consiguiente finalización de la IT».

En punto a los contratos de interinidad por vacante, en primer lugar, la **STS de 8 de junio de 2011, IL J 1156/2011**, determina que para el cese de los interinos por amortización de plaza cubierta no es necesario acudir a los trámites previstos en los artículos 51 y 52 del ET. Se da la circunstancia de que la amortización de las plazas se produjo en la Administración empleadora por adjudicación a una empresa externa de la gestión del servicio. El Tribunal Supremo interpreta que la amortización realizada determina la extinción de los contratos temporales de interinidad.

«desde el momento en que el servicio se encomienda por la Administración a otra persona —en el presente caso a una empresa privada—, es claro que las plazas correspondientes al personal que realizaba ese servicio tienen que ser amortizadas, salvo que se sostenga la tesis de que la Administración tiene que mantener un personal que ya no tiene una función que realizar. Ante esa externalización del servicio podrá procederse a la impugnación ante el orden jurisdiccional competente del acto administrativo que decide recurrir a la gestión indirecta —impugnación que no consta que se haya realizado en el presente caso—. Podrá también discutirse si estamos ante un supuesto de mantenimiento de los contratos por sucesión de la empresa o si las consecuencias laborales de la amortización deben abordarse por la vía del art. 52.c) del ET o si se trata de una extinción por cumplimiento anticipado del término, al haber desaparecido el supuesto sobre el que operaba éste. Pero lo que no cabe cuestionar es que estamos ante una amortización, porque, como consecuencia de la gestión indirecta, la plaza ocupada ha quedado sin contenido laboral alguno. Por la misma razón no cabe aceptar el argumento de que no se ha producido la provisión de la vacante, pues es obvio que la amortización de la vacante hace imposible su cobertura reglamentaria».

En segundo lugar, la **STSJ de Madrid de 22 de junio de 2001, IL J 1327/2011**, estima que el cese de la trabajadora interina embarazada no es nulo, sino que se enmarca en un plan de saneamiento económico del Ayuntamiento empleador. Para la justificación de

este cese, sin derecho a indemnización, por amortización de la plaza se incide en algunas características de este tipo de contratos en las Administraciones públicas:

«La situación de interinidad que genera el contrato de trabajo con la Administración es muy peculiar, concurriendo en ella algunas circunstancias que la diferencian de la contratación celebrada por los particulares al amparo del artículo 15.1,c) del Estatuto de los Trabajadores; aunque las partes hayan pactado que la duración del contrato queda condicionada a la provisión de las vacantes mediante la designación de trabajadores con carácter de fijos, la eficacia de tales pactos debe entenderse sometida a la condición subyacente de la pervivencia de los puestos; tal conclusión, como tenemos ya declarado, “responde a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad en cuanto referida al desempeño, con carácter de provisionalidad, de un puesto de trabajo”. Entenderlo de otro modo... llevaría a conclusiones absurdas ya que, o bien supondría la transformación de hecho de la interinidad en una situación propia de un contrato indefinido (pues el interino no cesa en tanto no se incorpore el titular, cuyo nombramiento no se produce por hipótesis, por entender la Administración innecesario el puesto de trabajo), o bien entrañaría la vinculación de la Administración a la provisión por un titular de un puesto de trabajo que estima innecesario y cuya supresión ha acordado. Debe entenderse, por todo ello, que la suscripción de dichos contratos de interinidad no limitan ni eliminan las facultades de la Administración sobre modificación o supresión de los puestos de trabajo y que la supresión de la plaza es causa justa de la finalización del contrato temporal de interinidad».

En tercer lugar, la **STSJ de Madrid de 27 de mayo de 2011, IL J 1208/2011**, determina que el cese del interino a la finalización de un proceso selectivo de cobertura no constituye despido pues entiende que la duración del contrato de interinidad puede coincidir con la duración del proceso selectivo, y ello, aunque al fin del proceso la plaza no se haya sido cubierta y siga vacante.

B) Reglas generales

a) Conversión en indefinido

Respecto de la conversión de contratos temporales en indefinidos de acuerdo con la regla del art. 15.5 ET —tégase en cuenta que en la actualidad está suspendida la aplicación de este precepto (art. 5 RD-ley 10/2011, de 26 de agosto). Suspensión que finalizará el próximo 31 de diciembre de 2012 de acuerdo con lo dispuesto por el art. 17 del RD-ley 3/2012, de 10 de febrero— ha de hacerse referencia a la **STS de 19 de julio de 2011, IL J 1251/2011**, que en relación con su redacción anterior a las modificaciones introducidas por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, interpreta que la fórmula «el mismo puesto de trabajo» que utiliza el precepto en modo alguno puede entenderse concurrente en un supuesto en el que la prestación del servicio se ha llevado a cabo en diferentes centros de trabajo:

«Y como se comprueba con relativa facilidad en la secuencia contractual que hemos resumido más arriba, el actor, en todas sus prestaciones laborales, y, desde luego, en las que tuvieron cobertura en los contratos de 1-5-2005 y 2-8-2006, pese a que en todos ellos —en estos y en los anteriores— desempeñara funciones propias de su cualificación como oficial de albañilería, nunca lo hizo en el mismo puesto de trabajo, aunque sólo sea porque siem-

pre se trataba de diferentes obras de construcción ubicadas en distintos lugares. En nada afecta a esta conclusión —que nunca se trató del mismo puesto de trabajo— el hecho cierto de que en varias de tales obras, aunque no conste su alcance, se produjeron novaciones modificativas —nunca extintivas— de los cometidos profesionales del trabajador, porque las mismas, en todo caso, siempre tuvieron lugar dentro de la misma obra y bajo idéntica cobertura contractual».

Por otro lado, en un supuesto de fraude de ley se convierte en indefinida, según indica la **STSJ de Galicia de 17 de junio de 2011, IL J 1313/2011**, la relación laboral que resulta «a consecuencia de tales irregularidades no puede ser otra que la transformación del contrato eventual en un contrato por tiempo indefinido. Ello es lo que resulta del art. 15.3 del ET cuando dice: “*Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley*”, y ello es así porque la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, sino que es una clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad de la empresa, razón por la cual el motivo no puede ser acogido, siendo correcta la calificación de despido improcedente declarada por la sentencia recurrida».

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL

A) Fijos discontinuos

En cuanto a la delimitación del contrato fijo discontinuo respecto a otros contratos temporales, las **SSTS de 22 y de 27 de septiembre de 2011, IL J 1300/2011 y 1360/2011**, repiten la conocida doctrina de que en las campañas forestales la contratación de trabajadores para la prevención y extinción de incendios responde a una necesidad de carácter intermitente o cíclico, por lo que la contratación no puede ser temporal, sino fija discontinua.

B) Contrato de relevo

Respecto a este contrato, en primer lugar, destacan las **SSTS de 21 de septiembre de 2011, IL J 1355/2011, y de 30 de mayo de 2011, IL J 1154/2011**, que declaran la licitud de un contrato de relevo con un trabajador que ve convertido su contrato temporal previo en un contrato indefinido, sin que la licitud del contrato se excluya por el hecho de que el trabajador estuviese en situación de pluriactividad por estar de alta en el RETA al ser socio titular de un bar de copas. El Tribunal Supremo justifica esta conclusión en que en la regulación legal de este contrato [art. 12.7.a) ET y art. 10.b) del RD 1131/2002, de 31 de octubre] no aparece norma alguna que exija que, en el supuesto de que el trabajador desarrollara una actividad como trabajador autónomo o tuviera concertado con la empresa un contrato de duración determinada, éste sea el único contrato que tenga dicho trabajador.

Finalmente, existen también en este período pronunciamientos que examinan la aplicación de mejoras voluntarias a los jubilados parcialmente. La **STS de 28 de septiembre de 2011, IL J 1343/2011**, y la **STSJ de Castilla y León de 25 de mayo de 2011, IL J 1198/2011**, niegan el derecho a un premio de jubilación reconocido en convenio colectivo para un jubilado parcial. En esencia, se argumenta que cuando el convenio colectivo

«premia» la jubilación anticipada, está pensando en incentivar una modalidad de acceso a la pensión que supone para el trabajador una minoración definitiva de su cuantía y para la empresa la baja total y definitiva del trabajador en la plantilla, esto es, un conjunto de consecuencias para las partes que no son las mismas que se producen en el caso de jubilación parcial, en el cual en el momento del acceso a la jubilación completa se produce un recálculo de la pensión y además el trabajador continúa trabajando parte de la jornada.

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

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 29 de junio de 2011, IL J 1334/2011, declara el carácter indefinido no fijo de un contrato eventual en el que no existe causa de temporalidad, pues la trabajadora fue contratada como auxiliar administrativo para el desempeño de tareas ordinarias y permanentes de la Administración, sin que ésta haya justificado la acumulación de tareas.

En relación con la figura del indefinido no fijo, algún pronunciamiento niega el derecho de estos trabajadores a la excedencia voluntaria por estimarlo no compatible con el estatuto peculiar de estos trabajadores (**STSJ de Galicia de 8 de junio de 2011, IL J 1220/2011**).

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) Discriminación. Convenio Colectivo. Retribución diferente de los empleados públicos en función de la edad.
- b) Retribución durante las vacaciones anuales. Pilotos aéreos.
- c) Huelga. Salarios de los miembros del comité de huelga.
- d) Reducción salarial del 5% del personal con forma jurídica de empresas públicas o consorcio.
- e) Límite. Compensación económica de vacaciones no disfrutadas por enfermedad.
- f) Plus de penosidad. Condiciones de trabajo con altos niveles de ruido y exposiciones a agentes químicos.
- g) Conflicto colectivo. Estimación parcial. Complemento de nocturnidad.
- h) Conflicto colectivo. Complemento personal. Naturaleza. Complemento absorbible.

B) Fondo de Garantía Salarial.

- a) Responsabilidad directa: procede. Despido objetivo y empresa de menos de 25 trabajadores. No se acredita la causa de los despidos anteriores.

2. JORNADA.

A) ADIF. Permisos adicionales por asuntos propios. No procede aplicación acumulativa del EBEP y la norma colectiva laboral. Principio de complementariedad y prohibición del espiguo.

B) Descanso mínimo entre jornadas. AENA. Licitud de circular, que con carácter excepcional, señala que por razones de servicio o personales, el tiempo de descanso entre jornada y jornada pueda ser de 9 horas, con la correspondiente compensación.

C) Días de descanso compensatorio no disfrutados. Convenio colectivo de seguridad. No procede retribución adicional por descanso compensatorio no disfrutado, si previamente el mismo fue retribuido como hora extraordinaria.

D) Despido en situación de reducción de jornada. Indemnización con arreglo al salario anterior a la reducción de jornada.

E) Jubilación parcial. Situación de trabajador relevista en situación de pluriactividad.

F) Vacaciones: Límite a la compensación económica de vacaciones anuales no disfrutadas por causa de enfermedad.

3. PACTO DE NO COMPETENCIA.
 - A) **Concurrencia desleal. No cabe admitir que, por el hecho de que no conste prohibición de la empresa a que el actor desempeñara actividad comercial de análogo objeto, haya de considerarse lícita la misma.**
 - B) **Concurrencia desleal. Se requiere la conformidad previa de la empresa para la que se presta servicios.**
 - C) **Alta dirección y despido por competencia desleal y abuso en el ejercicio de sus funciones.**
4. MOVILIDAD FUNCIONAL.
 - A) **Movilidad interna: régimen general del *ius variandi* empresarial.**
5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA.
 - A) **Traslados. Tutela judicial. Vulneración. Derecho de indemnidad.**
 - B) **Traslado de centro de trabajo. Procedencia.**
6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO.
 - A) **Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Inexistencia. Movilidad funcional.**
 - B) **Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Caducidad.**
 - C) **Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Variación de jornada.**
 - D) **Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Profesores de religión católica, jornada y horario. No se estima.**
 - E) **Iberia LAE. Trabajadores fijos a tiempo parcial. Reducción de jornada.**
 - F) **Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Condición más beneficiosa.**
 - G) **Conflicto Colectivo Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Modificación de jornada.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en el Repertorio Analítico de Jurisprudencia de los números 9 a 11 de 2011 de la *Revista de Información Laboral* (septiembre-noviembre de 2011).

1. SALARIO

A) **Definición y composición de la estructura salarial**

- a) *Discriminación. Convenio Colectivo. Retribución diferente de los empleados públicos en función de la edad*

STJ de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2011 (cuestión prejudicial C-297/10, C-298/10), IL J 1149/2011.

1. Se acumulan dos procedimientos en los que la cuestión a dilucidar es si vía negociación colectiva se vulnera la Directiva 2000/78, al determinar una remuneración salarial diferente según la edad en la cual se ingrese en la empresa, y en consecuencia si esta cuestión determinada en Convenio Colectivo quebranta la prohibición de discriminación por razones de edad y constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo. Pues en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resulta pues esencial distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación.

2. Se fundamentan las cuestiones previas señalando que la naturaleza de las medidas adoptadas en un convenio colectivo son diferentes de las de aquéllas adoptadas unilateralmente por vía legislativa o reglamentaria por los Estados miembros en la medida en que los interlocutores sociales, al ejercer su derecho fundamental a la negociación colectiva reconocido en el artículo 28 de la Carta, han tenido como cometido establecer un equilibrio entre sus respectivos intereses, y dado que está comprendido dentro de las disposiciones del Derecho de la Unión, debe adoptar medidas comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, que concreta el principio de no discriminación por razón de la edad, y los interlocutores sociales deben respetarlo.

Por ello se determina que no vulnera el derecho a negociar y pactar convenios colectivos reconocidos en el art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el hecho de que sobre la base del principio de no discriminación por razón de la edad, recogido en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y desarrollado en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, de que se oponen a una medida prevista por un convenio colectivo, como la que se suscita en el litigio principal, que establece que, dentro de cada grado, el escalón de salario base de un empleado público se determina en función de la edad que dicho empleado tenga en el momento de su contratación. A este respecto, el hecho de que el Derecho de la Unión se oponga a la referida medida.

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.

b) Retribución durante las vacaciones anuales. Pilotos aéreos.

STJ de la Unión Europea de 15 de Septiembre de 2011 (cuestión prejudicial C-155/10), IL J 1152/2011.

1. Se centra la cuestión del litigio en los conceptos que debe incluir la remuneración de las vacaciones cuando ésta ha de realizarse, dentro del marco jurídico del artículo 7 de la Directiva 2003/88, titulado «Vacaciones anuales».

La retribución de los pilotos se compone de tres elementos. El primero es un importe anual fijo. El segundo y el tercero están constituidos de complementos salariales variables, que dependen, por un lado, del tiempo de vuelo (complemento salarial que se calcula sobre una base de 10 GBP por hora de vuelo planificada) y, por otro, del tiempo pasado fuera de la base (retribuido a 2,73 GBP por hora). El complemento salarial por tiempo de vuelo es una remuneración gravable en su integridad, mientras que, del complemento salarial por el tiempo pasado fuera de la base, el 82% se considera pagado en concepto de dietas y sólo el 18% se considera remuneración imponible.

Por ello el Juzgado que solicita la determinación de la cuestión previa lo hace ante las dudas sobre la interpretación de la expresión «vacaciones anuales retribuidas» y sobre el alcance de la libertad conferida a las normativas o a las prácticas nacionales a fin de determinar «las condiciones de obtención y concesión de dichas vacaciones».

2. Por ello es necesario analizarlo sobre la base de las Directivas 2000/79 y 2003/88, que tienen el mismo objeto, ordenar el tiempo de trabajo en interés de la seguridad y la salud de los trabajadores y, por otra, que el tenor de la cláusula 3 del Acuerdo europeo es, por su propia naturaleza, idéntico al artículo 7 de la Directiva 2003/88, y cuando la retribución percibida por el trabajador está compuesta por varios elementos, se requiere una valoración individualizada. En este caso estamos ante la retribución de un piloto de línea aérea, que se compone de un importe fijo anual y de complementos salariales variables vinculados al tiempo de vuelo y al tiempo pasado fuera de la base, y en este caso se llega a la conclusión de que debe ser interpretado en el sentido de que un piloto de línea aérea tiene derecho durante sus vacaciones anuales no sólo al mantenimiento de su salario de base, sino también, por un lado, a todos los conceptos vinculados a la ejecución de sus funciones según su contrato de trabajo, y que le son compensados globalmente en cómputo anual.

Fundamenta la sentencia que aunque algunos de los conceptos salariales retribuyan gastos ocasionales, o circunstanciales, no implica que no se tenga derecho a ellos en un cómputo anual para el cálculo de la retribución de las vacaciones.

3. Se pone de manifiesto que el Derecho de la Unión Europea no limita ni impide a los Estados miembros, y a también a sus agentes sociales, más allá de la protección mínima del trabajador que en este caso da la Directiva 2003/88, regular expresamente una protección mayor, que en el caso que nos ocupa es el abono de todos los componentes de la retribución global anual.

c) Huelga. Salarios de los miembros del comité de huelga

STSJ de Cataluña de 20 de Junio de 2011 (recurso de suplicación 7594/201), IL J 1315/2011.

1. La cuestión controvertida es determinar si procede el descuento salarial a los miembros del comité de huelga que no se acreditan hayan participado o secundado la misma. Los actores componentes del comité de huelga son afiliados a un sindicato, y algunos liberados, solamente queda acreditado la participación de uno de ellos en los paros realizados.

2. La fundamentación jurídica de la empresa se realiza sobre la doctrina del TC, contenida en la sentencia 11/1981, de 8 de abril, así, como la doctrina judicial, que se citan en tres sentencias más, dos de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 11 de enero de 2008, y otra, que añadimos, de igual sentido de 5 de febrero de 2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, las cuales expresan que cuando se utilizan horas sindicales para otros menesteres que no sea la mera representación sindical, y se dedican a gestionar la huelga como miembro del comité de huelga, debe presumirse que el representante que lo hace participó en la misma.

Se fundamenta por la Sala que el derecho de huelga es un derecho individual y fundamental, de ejercicio colectivo, que consiste en el derecho a participar (aspecto positivo), o a no participar (aspecto negativo), en el cese de la prestación de servicios —suspensión de la obligación de trabajar, y del derecho a recibir remuneración por ello— acordado previamente y comunicado al empresario en debida y legal forma, por un conjunto de trabajadores, organizaciones sindicales, o representantes legales, como medida de presión, y no cabe duda de que la huelga solo puede ser promovida por sujetos colectivos, y que ellos pueden designar a los sujetos que deberán formar parte del Comité de Huelga.

Teniendo en cuenta el art. 7.1 del RD-ley 17/1977, 4 de marzo, y de lo resuelto por la sentencia TC 11/1981, sobre quién puede formar parte del Comité de Huelga, afirma la Sala que éste puede estar formado tanto por huelguistas como por no huelguistas, con el único requisito de que sus miembros tienen que ser trabajadores del centro de trabajo afectado, y nada impide que lo puedan ser, en calidad de representantes del comité de empresa, liberados sindicales, los propios trabajadores afectados, en conclusión deben ser trabajadores del centro de trabajo afectado por la huelga, lo que significa que solamente deberá descontarse el salario a los miembros huelguistas del Comité.

3. Son numerosas y casuísticas las sentencias sobre el descuento salarial en la huelga, si bien en este caso resulta interesante cómo la Sala del TSJ aclara que la pertenencia al comité de huelga es como trabajador del centro de trabajo con independencia de la representación unitaria o sindical que se tenga previamente, que durante el tiempo en que se convocó la huelga o se realizó el paro los miembros del comité la secundaron, y por lo tanto queda acreditada la condición de huelguistas por su participación directa.

d) Reducción salarial del 5% del personal con forma jurídica de empresas públicas o consorcio

STSJ de Cataluña de 3 de agosto de 2011 (recurso de suplicación 34/2010), IL J 1404/2011.

1. Tras el traspaso efectivo a la Generalitat de Catalunya de los servicios de asistencia sanitaria de la seguridad social, tras la firma del convenio colectivo y la introducción de una disposición transitoria tras una huelga, se comprometieron las partes a la equiparación salarial, si bien en los años 2009 y 2010 los trabajadores dependientes de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de la XHUP no han tenido incrementos, y no se producido la equiparación de condiciones laborales y salariales del personal afectado por el VII Convenio Colectivo de la XHUP y el personal de la red pública sanitaria.

La cuestión planteada en el presente procedimiento es por las demandas interpuestas por las Asociaciones empresariales afectadas por el Convenio Colectivo de la XHUP, consiste en determinar si es ajustado a derecho o no la decisión de reducir en un porcentaje del 5% el salario de los trabajadores dependientes de las empresas representadas por las asociaciones demandantes e incluidos en el ámbito de aplicación del mencionado convenio colectivo; subsidiariamente, la determinación de la procedencia o no de la reducción salarial en un 5% lo sería, únicamente, respecto de los trabajadores dependientes de las empresas, asimismo incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo de la XHUP, con forma jurídica de empresa pública (entidades de derecho público sometidas al derecho privado reguladas por el Estatuto de la Empresa Pública Catalana) o consorcio (tanto de ámbito autonómico como local).

Debe matizarse que esta decisión fue tomada como consecuencia de la entrada en vigor del Decreto Ley 3/2010, de 29 de mayo, de medidas urgentes de contención del gasto y en materia fiscal para la reducción del déficit público, convalidado por Resolución del Parlament de Catalunya de fecha 9-6-2010, que modifica a la baja para el año 2010 la previsión de gastos de la Ley 25/2009, de Presupuestos de la Generalitat de Catalunya; que a su vez viene impuesta por el Decreto Ley 3/2010 y es la obligada transposición del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, entre las que se incluyen determinados aspectos de carácter básico que son de aplicación general a las Comunidades Autónomas, en aras a acelerar la reducción de su propio déficit público, y señala el Real Decreto-ley 8/2010 en su preámbulo que la reducción de la masa salarial «es de obligada aplicación a todas las administraciones, lo que supondrá un importante ahorro para las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales dado el importante peso que el empleo público tiene en las mismas».

2. Se estima el recurso sobre la base de la fundamentación jurídica en la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia de conflicto colectivo que determina que las entidades de derecho público, consorcios con participación mayoritaria de la Generalitat, consorcios con participación mayoritaria de Ayuntamientos u Organismos autónomos locales incluidos en el ámbito de aplicación del VII Convenio Colectivo de aplicación a los Hospitals de la Xarxa Hospitalaria d'Utilització Pública i Centres d'Atenció Primària concertats, están incluidas en el ámbito de aplicación del recorte salarial del 5% por aplicación directa, bien del artículo 26 bis de la Ley de Presupuestos de Cataluña, introducido por el Decreto Ley 3/2010 de la Generalitat de Cataluña, bien del artículo 22 de la Ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado, en la nueva redacción dada al mismo por el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, lo que comporta estimar la pretensión subsidiaria contenida en la demanda de conflicto colectivo acumulada núm. 34/2010, convalidando la reducción del 5% en relación con los importes de cada uno de los conceptos que integran la masa salarial y que corresponde percibir a los trabajadores afectados en el ámbito de aplicación del VII Convenio Colectivo de aplicación a los Hospitals de la Xarxa Hospitalaria d'Utilització Pública i Centres d'Atenció Primària concertats.

Es interesante la desestimación de un motivo del recurso que se fundamenta en la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, desestima la Sala esta cuestión planteada haciendo referencia a los requisitos necesarios para su aplicación, señalando entre sentencias del Tribunal Supremo, de fecha 26-4-2007 (RJ 2007/3771), en los siguientes términos:

«es cuestión muy controvertida la relativa a la incidencia de la modificación sobrevenida de las circunstancias en el ámbito del Derecho del Trabajo; y más singularmente sobre las obligaciones pactadas en Convenio Colectivo. Destacando que en este caso no estamos ante una alteración radical de las circunstancias que provoque una mayor onerosidad para la empresa, pues la reducción de costes de la empresa provenientes de la financiación no necesariamente debe traducirse necesariamente por la reducción del porcentaje de los salarios de los trabajadores afectados por dicho convenio colectivo, habiéndose podido adoptar otras medidas al amparo de lo dispuesto en los artículos 41, 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores. Desestimando la cláusula “rebus sic stantibus” subsidiariamente alegada».

3. La doctrina contenida en la sentencia, que a su vez recoge la establecida en el conflicto colectivo previo, se cimenta bajo la premisa de que las entidades de derecho público, consorcios con participación mayoritaria de Ayuntamientos u Organismos autónomos locales están incluidos en el ámbito de aplicación del VII Convenio Colectivo de aplicación, y en consecuencia les es de aplicación el recorte salarial del 5% por aplicación directa de la ley presupuestaria.

e) Límite. Compensación económica de vacaciones no disfrutadas por enfermedad

STJ de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2011 (cuestión prejudicial C-214/10), IL J 1344/2011.

1. Tiene por objeto la petición de prejudicialidad en la interpretación del artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Y la demanda de un trabajador que pretende una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas durante los años 2006 a 2008 por una baja médica derivada de un infarto.

Se plantean dos cuestiones, si la interpretación del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE, debe realizarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho al período mínimo de vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo y/o período de aplazamiento aun cuando el trabajador esté incapacitado para trabajar durante un período de tiempo prolongado (dándose la circunstancia de que, como consecuencia de dicha incapacidad laboral de larga duración, el trabajador podría acumular los derechos al período mínimo de vacaciones anuales retribuidas correspondientes a varios años), o, si la posibilidad de aplazar esos derechos no estuviese limitada en el tiempo, el aplazamiento debe extenderse durante un período mínimo de 18 meses.

2. La fundamentación jurídica gira en torno a la reiterada jurisprudencia sobre si el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Por ello ya se han examinado otras prácticas de este principio del derecho a las vacaciones anuales retribuidas, en relación con trabajadores que por enfermedad no han podido disfrutar de sus vacaciones. Y se ha entendido que es competencia de los Estados miembros el poder fijar un período de aplazamiento para las vacaciones anuales que aún no ha podido disfrutar el trabajador, al objeto de ofrecer al mismo la posibilidad adicional de disfrutar de ellas.

De no ser así, un trabajador como el demandante en este procedimiento, que se encuentra en situación de incapacidad laboral durante varios períodos consecutivos, podría acumular de forma ilimitada las vacaciones anuales retribuidas de todo el período de su baja médica. Lo que ya no respondería a la finalidad misma del derecho a vacaciones anuales retribuidas, protegida en la Unión Europea, que tiene una doble finalidad, permitir que el trabajador descanse de la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo, por una parte, y por otra que disponga de un período de ocio y descanso. Por ello, el Tribunal de Justicia ha señalado que aunque esta finalidad de las vacaciones anuales retribuidas para la seguridad y la salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso, ese tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un período posterior.

En consecuencia un trabajador en situación de incapacidad laboral durante varios años consecutivos, a quien el Derecho nacional impide disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas durante el referido período, no puede estar facultado para acumular de modo ilimitado derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos, por ello en el caso que nos ocupa un periodo de quince meses por las disposiciones o las prácticas nacionales, como los convenios colectivos, puede calificarse razonablemente como un período más allá del cual las vacaciones anuales retribuidas carecen de su efecto positivo para el trabajador en su calidad de tiempo de descanso.

3. Tras las sentencias dictadas en materia de vacaciones por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en nuestro caso han modificado la Doctrina Jurisprudencial del TS, se marca un límite a la posibilidad de acumulación de los periodos vacacionales tras largas y consecutivas situación de baja médica en las que puede verse incurso un trabajador, dejando abierta la puerta para que, a través de la negociación colectiva, puedan los Estados miembros limitar un período de aplazamiento, que en el caso referido es de quince meses, y a cuyo término se extinguiría el derecho a las vacaciones anuales retribuidas.

f) Plus de penosidad. Condiciones de trabajo con altos niveles de ruido y exposiciones a agentes químicos

STSJ de Castilla y León de 21 de julio de 2011 (recurso de suplicación 344/2010), IL J 1242/2011.

1. El actor ha venido prestando sus servicios para la demandada, empresa dedicada al sector de la elaboración sobre piedras naturales, mármoles y granitos, en calidad de cortador manual.

Reclama de su empleadora el pago del plus de penosidad, debido a que está sometido a unas condiciones de trabajo con altos niveles de ruido.

El informe de la Inspección de Trabajo realizado en el centro de trabajo revela que el nivel medio de ruidos sin protección alcanza los 92,1 dB, pero que con la protección facilitada por la empresa, que siempre usa el trabajador, baja a 61,5.

Los límites de exposición están fijados en 87 dB.

La controversia se centra en determinar si los niveles de exposición al ruido deben contabilizarse con o sin la atenuación que supone el uso de protectores auditivos para valorar la penosidad del puesto de trabajo.

2. La Sala manifiesta que el derecho salarial cuestionado se rige por el convenio colectivo aplicable (CC para el Sector de la Construcción y Obras Públicas de Palencia), pero siendo que éste no determina el nivel de ruido que da lugar al plus de penosidad, debe acudir al RD 286/2006, que traspuso a nuestro ordenamiento interno la Directiva 2003/10/CE, como mecanismo orientador.

El artículo 5.1 del RD diferencia entre valores que dan lugar a una acción de los valores límite de exposición que no deben superarse en ningún caso. El valor límite cuya superación queda prohibida en todo caso es de 87 dB(A) de nivel equivalente diario y 140 dB (C) de nivel de pico. El artículo 5.2 del RD nos dice que «al aplicar los valores límite de exposición, en la determinación de la exposición real del trabajador al ruido, se tendrá en cuenta la atenuación que procuran los protectores auditivos individuales utilizados por los trabajadores». Según los hechos probados, en este caso no se supera el valor límite de exposición, calculado después de aplicar el efecto reductor de los protectores auditivos.

Pero no es así en lo relativo a los valores que dan lugar a una acción, debiendo diferenciarse entre los valores inferiores y valores superiores, teniendo en cuenta que para los valores de exposición que dan lugar a una acción no se descuenta el efecto producido por los protectores auditivos.

De acuerdo con la normativa vigente, la Sala considera que el derecho a percibir el plus de penosidad nace a partir de que se alcanza o supera el nivel superior que da lugar a una acción (85 dBA en nivel equivalente diario y 137 dBC en nivel de pico), sin tener en cuenta la reducción que supone el uso de protectores auditivos.

La continua utilización de los equipos de protección podrá evitar, de ser suficientemente eficientes, el riesgo de sordera, con lo que el trabajo dejaría de ser «peligroso», pero no puede privar de la calificación de «penoso», pues sin duda lo es la utilización de aquellos mecanismos durante toda la jornada.

Concluye que, siendo que el actor está expuesto a dosis superiores, tiene derecho a percibir el complemento reclamado.

3. El juzgador de instancia consideró que los niveles de ruido debían de contabilizarse con el uso de protectores auditivos por cuanto es este el valor real que soporta el actor y, siendo estos inferiores a los niveles que dan lugar al derecho al cobro del plus de penosidad, desestimó sus pretensiones.

Dicha decisión mantiene la línea argumental de las sentencias del TS posteriores al pronunciamiento de 25-11-2009 (Recurso 556/2009), en el cual el Alto Tribunal manifestó que «la penosidad por ruido se considera existente cuando “el ruido que llega al oído” está

por encima de aquel nivel de exposición pero, lógicamente no, cuando el ruido que llega al oído es inferior a 80 decibelios, pues en tal caso la penosidad por ruido —insistimos en ello— será la misma que la sufrida por los que no llevan protección porque no lo necesitan». Es decir, que el nivel de ruido ha de medirse con elementos protectores.

Sin embargo, en la sentencia comentada, el TSJ de Castilla y León apuesta por considerar que no se ha de tener en cuenta la atenuación que implica el uso de protectores auditivos a la hora de valorar la penosidad del puesto de trabajo derivada de la exposición al ruido.

Basa su decisión en el texto del CC aplicable, en la Directiva 2003/10/CE y en la interpretación que de la misma hace el TJUE en asuntos acumulados C-256/10 y C-261/10, de fecha 19 de mayo de 2011.

g) Conflicto colectivo. Estimación parcial. Complemento de nocturnidad

SAN de 14 de Septiembre de 2011 (recurso 27/2011), IL J 1246/2011.

1. El presente conflicto colectivo afecta al personal de la empresa CREMONINI, que presta servicio nocturno de restauración y mantenimiento en la unidad denominada «servicio a bordo de los trenes».

La empresa demanda se subrogó en los contratos de trabajo de este personal, que prestaba servicios para la empresa COMPAÑÍA INTERNACIONAL DE COCHES CAMAS Y DE TURISMO, SA, siendo aplicable el Convenio Colectivo de la empresa anterior (BOE 13 de octubre de 1999).

La parte demandante solicita que los servicios prestados desde las 22 a las 6 horas se retribuyan con el plus de nocturnidad, tanto si se trata de trabajo efectivo, cuanto si se trata de horas de presencia o rebase.

2. El art. 36.1 ET dispone que se considerará trabajo nocturno el realizado entre las 22 y las 6 horas, entendiéndose que el presupuesto constitutivo para percibir el plus de nocturnidad es que se trabaje efectivamente en el período indicado.

En relación a las horas de presencia que, a tenor con lo dispuesto en el art. 53.3.2 del convenio aplicable, son aquellas en las que el trabajador permanece a disposición de la empresa, pero no está obligado a realizar ningún trabajo efectivo, debe concluirse que no devengan plus de nocturnidad.

En cambio, las horas de rebase, entendiéndose que son las que excedan de nueve horas por jornada, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 53.3 del convenio, que pudieran realizarse entre las 22 y las 6 horas, ya que dichas horas sí constituyen trabajo efectivo, no hay razón para que no se les aplique el plus de nocturnidad. Sin que sea óbice que las horas de rebase tengan un precio en el convenio, ya que dicho precio es aplicable a todas ellas, siendo razonable distinguir las que se realizan en jornada diurna de las realizadas en jornada nocturna.

Por ello, corresponde estimar parcialmente esta pretensión.

3. Son múltiples los pronunciamientos en los que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo manifiesta que *el plus de nocturnidad es un complemento salarial de puesto de*

trabajo y su percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado, dada su índole funcional y su carácter no consolidable (STS de 15 de septiembre de 1995).

Se completa esta afirmación con dos indicaciones pacíficamente reiteradas: *a) el complemento salarial de trabajos nocturnos no se devenga los días de descanso semanal ni los festivos; y b) tampoco se abona en los permisos y licencias retribuidos. Otra cosa acontece respecto de las vacaciones en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 del convenio 132 de la OIT (RCL 1974\1356 y NDL 7294) por el que se garantiza para el salario vacacional «por lo menos su remuneración normal o media»; esto es que el valor promediado del plus de nocturnidad debe repercutir en la retribución de las vacaciones.*

La propia Sentencia comentada cita en sus fundamentos jurídicos la STS 1-12-1997, como ejemplo de la jurisprudencia sobre este extremo, indicando expresamente que el Alto Tribunal viene entendiendo que es presupuesto constitutivo para percibir el plus de nocturnidad que se trabaje efectivamente.

h) Conflicto colectivo. Complemento personal. Naturaleza. Complemento absorbible

SAN de 27 de octubre de 2011 (recurso 147/2011), IL J 1373/2011.

1. La empresa regula sus relaciones laborales por el XVI Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, publicado en el BOE de 4 de abril de 2009, cuyo artículo 25 regula el complemento por antigüedad.

La empresa estableció, además, un complemento salarial denominado «complemento personal absorbible», que no aparece regulado en el convenio sectorial.

En cartas remitidas a los trabajadores comunicando la revisión salarial se vincula el reconocimiento del complemento personal absorbible a su «esfuerzo y compromiso demostrado» a raíz de un cambio de puesto o categoría, o simplemente como revisión salarial. Y, en algunas de estas comunicaciones se indica que el citado complemento es un «incremento salarial» que «absorbe y compensa cualquier revisión salarial que con carácter general se acuerde o se pacte durante el año 2010», mientras que en otras se mantiene que «absorbe y compensa cualquier importe retributivo que se pueda generar y devengar, bien por pacto, acuerdo o convenio».

En el mes de enero de los años 2010 y 2011 la empresa procedió a abonar el importe establecido en el convenio por antigüedad, compensándolo con el complemento personal absorbible.

2. La controversia jurídica se centra en determinar si procede o no la absorción del denominado complemento personal absorbible y su compensación con el incremento del complemento de antigüedad.

El art. 26.5 del Estatuto de los Trabajadores establece que «operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia».

La jurisprudencia viene exigiendo para proceder a la absorción y compensación que se trate de complementos homogéneos, de manera que hay que proceder a identificar la naturaleza del complemento absorbible.

El Tribunal concluye que, aunque se trata de un supuesto fronterizo, es una percepción vinculada a la cantidad y calidad de trabajo. Y es que la empresa alude al respecto expresamente al «esfuerzo y compromiso demostrados» por los trabajadores para hacerse acreedores del complemento. Es decir, no se trata de una puesta en valor de la cualificación personal y profesional de los empleados (complemento personal), sino del modo de llevar a cabo sus funciones, de la especial intensidad con la que las acometen.

Tratándose entonces de un complemento de cantidad y calidad de trabajo, no guarda homogeneidad con el complemento de antigüedad, como se deriva de la jurisprudencia citada (SSTS de 26 de marzo de 2004, de 26 de diciembre de 2005 y de 6 de marzo de 2007).

Sin embargo, la regla de la absorción y compensación de conceptos salariales homogéneos reviste naturaleza dispositiva, en la medida en que es posible exceptuar su aplicación si se acuerda expresamente. Así lo reconoce el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de septiembre de 2008, que mantiene la posibilidad de absorber y compensar conceptos heterogéneos en virtud de la voluntad de las partes expresada en pacto.

Teniendo en cuenta esta última consideración, debe valorarse si el art. 7 del Convenio de aplicación, relativo a la compensación y absorción, opera como excepción a la regla general.

El precepto se encabeza con la rúbrica «Compensación. Absorción», y contiene dos apartados. En el primero, se establece que todas las condiciones económicas en él reflejadas son compensables con las mejoras que vinieran anteriormente satisfaciendo las empresas. Y, en el segundo, se indica que esas mismas condiciones son absorbibles por los aumentos que en el futuro pudieran establecerse.

La Sala decide apostar por la postura mayoritaria, considerando la compensación y absorción como una única figura (lo que, por otra parte, no ha sido traído a colación ni cuestionado en ningún momento por la parte demandante), y observando que el art. 7 del Convenio colectivo admite la compensación y absorción de todas sus condiciones económicas respecto de las mejoras que se establecieran por cualquier causa, con la única excepción de aquellos conceptos que expresamente fuesen excluidos. Ello, a su juicio, supone un pacto para exceptuar la regla general de la absorción y compensación de conceptos salariales homogéneos.

De acuerdo con lo expuesto, no opera el requisito de homogeneidad de conceptos, por expresa disposición del convenio, y se permite la absorción del denominado complemento personal absorbible.

3. La doctrina jurisprudencial ha llevado a cabo una amplia tarea interpretativa del fenómeno de la absorción y compensación, concluyendo que se trata de una institución cuyo objeto es evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional queda neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta y exigiendo, para operar, que exista entre los conceptos retribu-

tivos una homogeneidad que la permita (SSTS de 15 de enero de 1997, de 20 de mayo de 2002, entre otras muchas), lo que ha de apreciarse atendiendo a cada caso concreto (SSTS de 26 de marzo de 2004 y de 6 de marzo de 2007).

No obstante, la sentencia comentada admite la posibilidad de absorber y compensar conceptos heterogéneos en virtud de la voluntad de las partes expresada en pacto en base a la argumentación jurídica de la citada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2008, en cuyo fundamento segundo, apartado quinto, se indica que «La compensación y absorción del art. 26.5 del *Estatuto de los Trabajadores* y, sobre todo, la limitación respecto a la homogeneidad de los conceptos compensables y absorbibles establecida por la jurisprudencia, no solo ha de tener un tratamiento individualizado en función de las concretas mejoras o conceptos en cuestión (téngase en cuenta, según reconoce la *STS de 26-3-2004, R. 135/03*, que ese requisito se ha relativizado o suavizado en algunas ocasiones, como ocurrió en la *STS de 18-7-1996, R. 2724/95*, en la que se admitió como ajustada a derecho la absorción del concepto de antigüedad de los períodos de aprendizaje, en prácticas y formación para aquellos trabajadores que luego pasaron sin interrupción a la condición de fijos), sino que, en principio, la exigencia de homogeneidad, al menos cuando se trata, como es el caso, de remuneraciones complejas, debe atenerse a los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas, máxime si, como vimos, ello no supone disponer de ningún derecho necesario ni de los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo».

B) Fondo de Garantía Salarial

a) *Responsabilidad directa: procede. Despido objetivo y empresa de menos de 25 trabajadores. No se acredita la causa de los despidos anteriores*

STSJ de Cataluña de 12 de mayo de 2011 (recurso de suplicación 1746/2010), IL J 1178/2011.

1. El demandante trabajaba por cuenta de la empresa demandada, dedicada a la actividad de instalaciones eléctricas, con una antigüedad de 6 de septiembre de 1999. La empresa demandada comunicó al actor su despido por causas objetivas, con efectos al día 31 de octubre de 2008, reconociéndole el derecho a percibir la indemnización correspondiente, excusando el pago del 60% por falta de liquidez y remitiendo al actor al FOGASA respecto del 40% restante. La empresa demandada empleaba a 9 trabajadores, que fueron despedidos todos ellos en fechas anteriores y cercanas al despido del trabajador demandante (el día 31 de julio de 2008 —se despide a un 1 trabajador—, el día 31 de agosto de 2008 —se despide a 3 trabajadores—, el día 11 de septiembre de 2008 —se despide a 1 trabajador—, el día 30 de septiembre de 2008 —se despide a 2 trabajadores—, y el día 31 de octubre de 2008 —se despide a 2 trabajadores, uno de ellos el demandante—). El día 12 de noviembre de 2008, el actor solicitó del FOGASA el pago del 40% de la indemnización correspondiente al despido objetivo en empresas de menos de 25 trabajadores. La solicitud es desestimada por resolución de fecha 23 de enero de 2009, al haberse incumplido las normas del despido colectivo. El Juzgado de lo Social, en sentencia de 14 de diciembre de 2009, estima la demanda interpuesta por el trabajador y condena al FOGASA a pagar al demandante la cantidad correspondiente en concepto de responsabilidad directa del FOGASA en despidos objetivos en empresas de menos de 25 trabajadores. El FOGASA interpone

recurso de suplicación contra dicha sentencia. Alega, en síntesis, que cuando la extinción de los contratos de trabajo afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa y el número de trabajadores afectados es superior a cinco, sólo puede efectuarse la extinción a través de un despido colectivo, de modo que en el caso analizado, al haber extinguido la empresa los contratos de trabajo de toda la plantilla acogiéndose al art. 52.c) ET, carece de validez el despido objetivo y no se le puede imponer responsabilidad alguna al FOGASA.

2. El TSJ de Cataluña desestima el recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA y confirma el pronunciamiento de instancia. El dato clave por el que se estima la demanda de instancia y se desestima el recurso interpuesto por el FOGASA se subraya expresamente en la Sentencia comentada cuando se indica que «es preciso manifestar que la estimación de la demanda, en el caso de autos, se produce al margen de otras cuestionables consideraciones, en la circunstancia de que no se ha acreditado que los despidos antecedentes de otros trabajadores tuvieran como motivo cuestiones económicas, organizativas, técnicas o de producción y cuáles no, elemento esencial para poder apreciar la concurrencia de los requisitos a los que la legislación se refiere». A ello se añade que «el art. 23.3 de la LPL establece que en los procedimientos seguidos contra el FOGASA al amparo de la legislación laboral, las afirmaciones de hecho que se contengan en el expediente y en las que se haya fundamentado la resolución del mismo, harán fe, salvo prueba en contrario, por lo que la Sala debe acudir a la citada resolución, lo que es posible al venir referenciada en el ordinal 4.º de los declarados probados, y examinada dicha resolución se evidencia que ninguna afirmación de hecho se contiene en ella relativa a la causa de los distintos despidos producidos dentro de los 90 días anteriores y por lo tanto carente de tal referencia no puede aplicarse la presunción *iuris tantum* que dicho precepto reconoce a favor de la Entidad demandada y recurrente».

En consecuencia, no acreditada la realidad de la causa de los despidos citados, no puede prosperar el motivo de referencia y se desestima el recurso de suplicación planteado.

3. En SSTS de 24 abril 2002, IL J 1003, de 24 de septiembre de 2002, IL J 1899, y de 16 de noviembre de 2004, IL J 2027, entre otras, ha señalado el TS que para que se le pueda exigir al FOGASA el pago de la cantidad correspondiente a las extinciones por despido objetivo del art. 52.c) ET o por despido colectivo del art. 51 ET a que se refiere el art. 33.8 ET se requiere del cumplimiento del supuesto de hecho descrito en la norma, y que por ello, si la extinción supera los baremos fijados para despedir por circunstancias objetivas, y se lleva a cabo acogiéndose el empresario a lo que dispone el art. 52.c) ET, no existe legalmente despido objetivo, puesto que para ello, no sólo se han de cumplir las exigencias formales del art. 53 ET, sino que además es preciso que se respeten con rigor y exactitud los límites numéricos y temporales que establecen los arts. 52.c) y 51.1 ET. En tal caso, el TS ha indicado que si no existe despido objetivo ni tampoco se ha tramitado el procedimiento de regulación de empleo que exige el despido colectivo, no puede aplicarse, en consecuencia, la responsabilidad que le asigna al FOGASA el mencionado art. 33.8 ET.

En la Sentencia comentada no se consideran superados los límites legalmente establecidos para determinar el concepto de despido objetivo del art. 52.c) ET al no constar acreditada la causa de los despidos anteriores ni, en consecuencia, si los mismos, o algunos de ellos, tuvieron su origen en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

2. JORNADA

A) ADIF. Permisos adicionales por asuntos propios. No procede aplicación acumulativa del EBEP y la norma colectiva laboral. Principio de complementariedad y prohibición del espiguo

STS de 12 de noviembre de 2011, IL J 1345/2011.

1. Dos factores de circulación del organismo público ADIF (Administración de Infraestructuras Ferroviarias adscrito al Ministerio de Fomento) presentan demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 4 de Bilbao, reclamando los días adicionales de permiso por asuntos propios que a partir del cumplimiento del sexto trienio se regulan en el artículo 48.2 de la Ley 7/2007 (Estatuto Básico del Empleo Público).

La Sentencia fue estimada en la Instancia, y confirmada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco a través de la Sentencia de 12 de mayo de 2009. Interpuesto por ADIF recurso de casación para unificación de doctrina, el mismo es estimado por la Sentencia que comentamos, la cual casa y anula la precedente absolviendo a ADIF de las pretensiones deducidas en su contra.

2. El conflicto a resolver consiste en determinar si el artículo 48.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, aprobatoria del Estatuto Básico del Empleado Público, que regula dos días adicionales de permiso al cumplir el sexto trienio, resulta directamente aplicable a los factores de circulación reclamantes, por constituir norma mínima para el personal laboral de la Administración Pública (ADIF).

El Tribunal llega a una conclusión negativa. Recuperando su antigua doctrina sobre la prohibición del espiguo entre dos normas potencialmente aplicables a una misma relación laboral, razona que la norma colectiva aplicada por la demandada ADIF resulta más favorable en su conjunto para los reclamantes, de forma y modo que no cabe el espiguo en aquellos concretos puntos en los que la Ley 7/2007 podría resultar más beneficiosa.

Razona que el artículo 51 del EBEP (que indica la aplicación del EBEP al personal laboral en materia de jornada, permisos y vacaciones) se relaciona con la legislación laboral correspondiente en virtud del principio de complementariedad, de forma y manera que el régimen de permisos del personal afectado por esta doble regulación ha de alcanzar los mínimos impuestos en ambas legislaciones, sin que ello suponga la acumulación de permisos fijados para el mismo supuesto. Califica, en definitiva, el artículo 48.2 del EBEP como norma de derecho necesario respecto de la legislación laboral de los empleados públicos, que no tendría el efecto de obligar a modificar el contenido concreto de un convenio colectivo vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la norma legal.

3. La aplicación del EBEP al personal laboral de las Administraciones Públicas en materia de jornada, permisos y vacaciones del personal laboral ha dado lugar a múltiples reclamaciones por empleados que, si bien se regían por un convenio colectivo laboral, observaban mejoras concretas en el EBEP respecto de la concreta regulación de su convenio. Hasta ahora, el Tribunal Supremo viene denegando la aplicación acumulada del EBEP a los empleados que ya gozan de un convenio colectivo laboral. La Sentencia que citamos alude a otros precedentes ya resueltos por la Sala en el mismo sentido (STS de 29 de junio de 2010, Rec. 111/09, entre otras).

Por nuestra parte, en la crónica anterior comentamos la STS de 27 de junio de 2011, IL J 1197, recaída en un supuesto de similares contornos al que nos ocupa [en aquel caso planteado por el Personal de Administración y Servicios de la Universidad del País Vasco que solicitaban la aplicación del 48.1.1) del EBEP al contener un número de días por asuntos propios superior al previsto en la norma colectiva que a ellos les resultaba de aplicación].

B) Descanso mínimo entre jornadas. AENA. Licitud de circular, que con carácter excepcional señala que, por razones de servicio o personales, el tiempo de descanso entre jornada y jornada pueda ser de 9 horas, con la correspondiente compensación

SAN de 4 de octubre de 2011, IL J 1267/2011.

1. La representación letrada de Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA) presentó demanda sobre conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional postulando que se deje sin efecto la circular 6108 de fecha 22 de junio de 2011, declarándose el derecho de los afectados a disfrutar de un descanso mínimo entre jornadas de 12 horas. La Sala de la Audiencia Nacional desestima el conflicto interpuesto declarando la circular acorde a derecho.

2. La Sala de lo Audiencia Nacional desestima el recurso interpuesto a la luz de lo dispuesto en el Real Decreto 1561/1995 (artículo 19.2). Citado precepto señala que «cuando al cambiar el trabajador de turno no pueda disfrutar del descanso mínimo entre jornadas establecido en el apartado 3 del artículo 34 del citado Estatuto, se podrá reducir el mismo, en el día que así ocurra, hasta un mínimo de siete horas, compensándose la diferencia hasta doce horas establecidas con carácter general en los días inmediatamente siguientes».

3. La circular impugnada pretende la aplicación del RD 1001/2010, de 5 de agosto, por el que se establecen normas de seguridad aeronáutica en relación a los tiempos de actividad y los requisitos de descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo. El artículo 5 de citada norma sigue garantizando un descanso de doce horas entre la finalización de un periodo de actividad aeronáutica y el comienzo del siguiente. Se antoja difícil el encaje entre citada norma y la contenida en el 19.2 del RD 1561/1995, decantándonos, en caso de conflicto, por la aplicación del RD 101/2010 en orden a su evidente especialidad.

C) Días de descanso compensatorio no disfrutados. Convenio colectivo de seguridad. No procede retribución adicional por descanso compensatorio no disfrutado, si previamente el mismo fue retribuido como hora extraordinaria

STS de 19 de Julio de 2011, IL J. 1290/2011.

1. Deduce demanda en reclamación de cantidad un escolta privado que rige sus relaciones laborales por el Convenio colectivo nacional de empresas de seguridad. Citado trabajador prestó servicios durante los días calendarizados como de descanso compensatorio, por lo que entiende que, además de las horas extras trabajadas en esos días, debe retribuirse el descanso no disfrutado al mismo valor.

El Juzgado de lo Social núm. 2 de Bilbao estimó parcialmente la demanda del trabajador. Recurrida en suplicación citada Sentencia, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco desestimó el recurso formalizado, confirmando la Sentencia de Instancia. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo estima el recurso de casación, casando y revocando la Sentencia recurrida.

2. El Alto Tribunal estima el recurso de suplicación, acuña y recuerda el criterio de la independencia. Deja claro, y sin lugar a dudas, que cuando se presta servicios en un día de descanso compensatorio existen dos conceptos a retribuir claramente independientes y autónomos entre sí. Por un lado, debe retribuirse la hora extraordinaria prestada o desarrollada y, además, cada una de las horas que componen cada jornada de descanso que no haya podido disfrutarse se deberá pagar con igual cuantía.

El recurso se estima, por una razón fáctica. El Alto tribunal entiende que la empresa asume y entiende la diferencia retributiva entre hora extra y lo que se denomina compensación por los descansos no disfrutados. La discusión subyace en el hecho de que se afirma por la empresa que ambos conceptos venían saldados bajo el concepto común «exceso de jornada» percibido por el trabajador.

Se trata de una cuestión de hecho, por tanto, que en opinión de la Sala debe venir fijada por la Sentencia del TSJ. Aun con dificultad se juzga que los cálculos esgrimidos por la empresa fueron asumidos como hechos probados en el cuerpo de razonamientos jurídicos de la Sentencia del TSJ del País Vasco, motivo por el que estima el recurso de la empresa. Si el Tribunal Superior de Justicia declara probado que en el concepto denominado «exceso de jornada» se contenía la retribución no sólo del trabajo extraordinario realizado, sino también del descanso no disfrutado, es claro que estimar la demanda supondría condenar dos veces por el mismo concepto.

3. Tratándose de una cuestión fáctica oscura y dudosa, no se comparte el criterio aplicado en la Sentencia que se comenta, el cual, finalmente, acaba beneficiando a la empresa que la crea. El trabajador no tiene disponibilidad para decidir los conceptos que la empresa utiliza para saldar sus cuentas. Siendo dos conceptos diferentes los que se dice retribuir (jornada extra y descanso) le es exigible a la empresa su abono de forma diferenciada si quiere entender acreditado el pago de ambos conceptos.

D) Despido en situación de reducción de jornada. Indemnización con arreglo al salario anterior a la reducción de jornada

STSJ de Castilla y León de 15 de junio de 2011 (recurso de suplicación 864/2011), IL J 1225/2011.

1. El convenio colectivo de *El Corte Inglés* prevé como medida de conciliación de vida laboral y familiar específica la posibilidad de prorrogar la reducción de jornada por razón de cuidado de menor hasta que éste cuente con 10 años de edad.

Una trabajadora de esta empresa es despedida cuando se halla en situación de reducción de jornada contando el menor más de ocho años de edad. La empresa consigna la indemnización por despido improcedente, entendiendo que el salario debe ser el correspondiente a la reducción de jornada. La trabajadora, por el contrario, postula que se calcule

la indemnización conforme al salario que le hubiera correspondido de trabajar a jornada completa.

El Juzgado de lo Social núm. 1 de Valladolid estimó la demanda interpuesta por la Trabajadora. Recurrida la misma ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, se desestima el recurso interpuesto y se ratifica la Sentencia de Instancia.

2. El TSJ de Castilla y León entiende que la situación descrita (reducción de jornada por cuidado de menor de 9 y 10 años reconocida por convenio colectivo) goza por extensión de la protección que brinda la Disposición Adicional Decimoctava del Estatuto de los Trabajadores.

Para ello invoca las siguientes razones:

2.1. La finalidad de ambos tipos de reducción de jornada es la misma: posibilitar el deber de asistencia de los padres respecto de los hijos.

2.2. La redacción del convenio colectivo, en la medida que mejora lo dispuesto en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, no puede quedar segregada de la garantía de esa conciliación contenida en la Disposición Adicional 18.

2.3. Desde un punto de vista finalístico, porque obedeciendo como obedece la indemnización por antinormativo despido a compensar la pérdida del estatus económico ligado a los salarios que se venían percibiendo, el estatus económico a compensar es entonces el ordinario o habitual del que se disponía el trabajo también habitual u ordinario.

2.4. Porque esta interpretación es la más acorde con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual «el disfrute de los derechos de reducción de jornada por cuidado de hijos menores no puede precipitar perjuicio alguno para el beneficiario de esos derechos, al estar los mismos concebidos como una mejora social cuyos términos están claramente fijados por la ley, siendo la única contrapartida para el empresario de esa mejora resultante la inexistencia de la obligación de retribuir la parte de jornada que no se trabaje».

3. Se adhiere quien comenta esta crónica a la doctrina contenida en esta Sentencia.

La doctrina contraria puede encontrarse en la STSJ de Cantabria de fecha 10 de agosto de 2011, Recurso 716/2011, la cual en un supuesto casi idéntico niega la extensión de la garantía prevista en la Disposición Adicional 18. En el supuesto comentado en esta Sentencia, el derecho a la prórroga de la reducción de jornada, superados los 8 años de edad del menor, no se contenía en convenio colectivo, sino que fue un acuerdo entre las partes. Razona la Sentencia del TSJ de Cantabria que del reconocimiento de la prórroga de la situación de reducción de jornada no cabe inferir la asunción de obligación empresarial de extender los derechos y garantías previstas para las situaciones del artículo 37.5 del Estatuto de los trabajadores.

E) Jubilación parcial. Situación de trabajador relevista en situación de pluriactividad

STS de 30 de mayo de 2011, IL J 1154/2011.

1. El INSS deniega la prestación de jubilación parcial solicitada por un trabajador, arguyendo que el trabajador relevista no cumplía los requisitos previstos en la los artículos 166

de la LGSS, en relación con lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, y 12.6 del Estatuto de los Trabajadores.

El relevista era un trabajador con contrato temporal que la empresa convierte en indefinido cumpliendo así lo dispuesto en el artículo 12.7 del Estatuto de los Trabajadores. Ocurre, sin embargo, que el trabajador se hallaba en situación de pluriempleo, de forma previa a la contratación temporal en la empresa, toda vez que ostentaba la condición de copropietario y administrador de un bar de copas que abre en fines de semana y festivos, lo que da lugar a su inclusión en el RETA.

El juzgado de lo Social núm. 6 de Zaragoza estimó la demanda; recurrida la misma ante el TSJ de Aragón, se dictó Sentencia por la que se desestimaba el recurso interpuesto y se ratificaba la de Instancia. Disconforme con citada resolución, el INSS formaliza recurso de casación para unificación de doctrina.

2. El Tribunal Supremo realiza un pormenorizado estudio de la evolución legislativa de la jubilación parcial. Concluye que, a partir de la Ley 12/2001, de 9 de julio, cuando en virtud de la modificación operada en el Estatuto de los Trabajadores se amplía el colectivo de trabajadores con el que se puede concertar un contrato de relevo, ya no son sólo los desempleados los que pueden ser sujetos de dicho contrato, sino también los trabajadores que tuviesen concertado con la empresa un contrato de duración determinada. A esta conclusión no empece que el trabajador relevista figurara de alta en el RETA, ya que no aparece en la regulación del contrato de relevo norma alguna que exija que, en el supuesto de que el trabajador tuviera concertado con la empresa un contrato de duración determinada, éste sea el único contrato que tenga dicho trabajador.

F) Vacaciones: Límite a la compensación económica de vacaciones anuales no disfrutadas por causa de enfermedad

STJ de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2011, IL J 1344/2011.

1. Un trabajador alemán estuvo en situación de Incapacidad Temporal desde 2003 hasta 2008. Extinguida su relación laboral en el año 2008, plantea una demanda para obtener una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas correspondientes a los años 2006 a 2008.

El contrato laboral, que se regía por el EMTV, tenía garantizadas unas vacaciones de 30 días naturales. En la instancia, el *arbeitsgericht Dortmund* estimó la demanda; la empresa forma apelación manteniendo que el derecho del Sr. Schulte se había extinguido a causa de la terminación del periodo de aplazamiento previsto en el artículo 11, apartado 1, párrafo tercero del EMTV.

El convenio colectivo marco del sector metalúrgico y electrónico del Land de Renania del Norte-Westfalia establece en su artículo 11 que «el derecho a vacaciones se extingue tres meses después de terminar el año natural, salvo que este derecho se hubiera reclamado sin obtenerlo o no se hubiera podido disfrutar de las vacaciones por necesidades del servicio. *En el supuesto de no haber sido posible el disfrute de las vacaciones por motivo de enfermedad, el derecho a vacaciones se extinguirá doce meses después de la terminación del periodo señalado en el párrafo segundo.*».

El *landesarbeitsgericht Ham* señala que, en virtud de la normativa nacional y del EMTV, el derecho a las vacaciones anuales retribuidas de los años 2007 y 2008 aún existía cuando finalizó la relación laboral, y que sólo se había extinguido el derecho a las vacaciones anuales retribuidas del año 2006 a causa de la terminación.

No obstante, el tribunal remitente alberga dudas acerca de si la pérdida del derecho a las vacaciones anuales retribuidas del año 2006 en aplicación de la normativa nacional pueda ser contrario al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88.

Es por ello que se plantea al TJCE la siguiente cuestión prejudicial: ¿Debe interpretarse el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a un periodo mínimo de vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el periodo de devengo y/o periodo de aplazamiento, aun cuando el trabajador esté incapacitado para trabajar durante un periodo de tiempo prolongado (dándose la circunstancia de que, como consecuencia de dicha incapacidad laboral de larga duración, el trabajador podría acumular los derechos al periodo mínimo de vacaciones anuales retribuidas correspondientes a varios años, si la posibilidad de aplazar esos derechos no estuviese limitada en el tiempo)?

2. El TJCE despeja la cuestión concluyendo que el artículo 7 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a disposiciones o prácticas nacionales, como los convenios colectivos, que limitan, en virtud de un periodo de aplazamiento de quince meses a cuyo término se extingue el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, la acumulación de derechos a dichas vacaciones de un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral durante varios periodos consecutivos de devengo de vacaciones.

El fundamento a la interpretación dada por el TJCE descansa en valorar que un derecho a esa acumulación ilimitada de derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos durante un periodo de incapacidad laboral tan largo ya no respondería a la finalidad misma del derecho a vacaciones anuales retribuidas. En ese sentido, añade, más allá de un cierto límite temporal, la acumulación de vacaciones anuales carecen de efecto positivo para el trabajador en su calidad de tiempo de descanso, conservando sólo su condición de periodo de ocio y esparcimiento.

3. Sin duda, esta doctrina tendrá una relevante incidencia en nuestro ordenamiento jurídico, donde la concesión del periodo vacacional fuera del año natural con ocasión de periodos de IT lo fue a raíz de la STJCE de fecha 20 de enero de 2009. En cumplimiento de esta directriz, la Sala de lo Social del TS se vio obligada a modificar su anterior criterio (contrario a este reconocimiento) en su Sentencia de 24 de junio de 2009, rcud. 1542/2008.

Queda por despejar cuál es el tiempo de aplazamiento temporal necesario para entender que la negativa del descanso más allá del mismo no conculca el derecho reconocido en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE. Como criterio orientador, puede tener gran valor el esgrimido en esta Sentencia, quince meses a partir de la finalización del periodo de devengo.

3. PACTO DE NO COMPETENCIA

A) Concurrencia desleal. No cabe admitir que, por el hecho de que no conste prohibición de la empresa a que el actor desempeñara actividad comercial de análogo objeto, haya de considerarse lícita la misma

STSJ de Madrid de 20 de junio de 2011 (recurso de suplicación 448/2011), IL J 1318/2011.

1. El demandante ha venido prestando servicios para la demandada desde enero de 2007 con la categoría laboral de monitor de musculación. En septiembre de 2010 le comunica su despido mediante carta en la que se hace constar cómo la dirección de la empresa ha tenido conocimiento de que el actor ha estado prestando servicios por cuenta propia como preparador físico fuera de las instalaciones de su centro de trabajo, anunciándose incluso en varias páginas de internet especializadas en ofertas de trabajo con dicho perfil profesional, en clara competencia desleal con la actividad que la empresa desarrolla en el sector. Asimismo, la empresa ha constatado que el demandante ha concurrido en la constitución de una sociedad mercantil de la cual es administrador solidario y cuyo objeto social es plenamente coincidente con el de la empresa actual, desarrollando la misma actividad profesional en ambas empresas. De hecho, se halla en poder de la empresa la tarjeta comercial que ha hecho circular el actor entre sus clientes en la que señala los servicios profesionales que presta en su propio gimnasio, sin previa autorización para ello y ofertando los mismos servicios que los clientes reciben en las instalaciones de la empresa. Tales hechos constituyen una clara y grave transgresión de la buena fe contractual, constituyendo un claro incumplimiento de sus deberes laborales básicos amén de lo que el Convenio Colectivo de sector califica como competencia desleal sancionable con el despido.

2. Tras la declaración como improcedente del despido en instancia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid considera que la clave fundamental para determinar la calificación del despido es si medió o no consentimiento por parte de la empresa para el ejercicio por el actor de esta otra laboral o si se produjo, a tal efecto, prohibición expresa. El Tribunal entiende que la norma convencional regula como falta muy grave «el fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como en el trato con los otros trabajadores o con cualquier otra persona durante el trabajo, o hacer negociaciones de comercio o industria por cuenta propia o de otra persona sin expresa autorización de las empresas, así como la competencia desleal en la actividad de la misma». De este tipo de enunciado se infiere que «de no haber tal permiso, se incurre en el ilícito sancionado, y que si no consta que está prohibido, como la sentencia de instancia afirma para justificar la ausencia de conducta desleal, tampoco está demostrado que haya autorización para el ejercicio de un negocio que sin duda coincide en parte con el objeto social y que sin duda en virtud de esta similitud, deja patente la competencia comercial».

3. Como en múltiples ocasiones ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, en principio y de no mediar pacto de plena dedicación no cabe considerar que la ley proscriba situaciones de pluriempleo por cuanto éstas han de considerarse lícitas, como lo son las actividades por cuenta ajena realizadas por trabajadores contratados por cuenta propia en otra empresa. La prohibición se limita, por tanto, a la concurrencia desleal, esto es, al

hecho de que las actividades se desarrollen dentro del mismo plano en el que efectúa las suyas la empresa principal, por incidir sobre un mismo mercado y en un mismo círculo potencial de clientes. Por lo demás, para apreciar deslealtad es necesario el aprovechamiento por el trabajador, debido a su posición en la empresa, de datos internos conocidos por su trabajo, que puedan referirse a su sistema organizativo o de producción o a la relación de sus proveedores o clientes. La deslealtad también entraña la utilización de los medios que la empresa pone a disposición del trabajador para adquirir experiencia y perfeccionamiento profesional que luego aquél pretende utilizar en su propio provecho y en demérito o perjuicio para los intereses de su empresa. Pues bien, en el supuesto que se analiza, el Tribunal centra su atención no tanto en la existencia o no de tal prohibición como en la constancia o no de un permiso explícito por parte de la empresa para poder ejercer una actividad fuera de la misma y concurrente con ella. Y, en tal caso, el Tribunal Supremo ya introdujo como contenido de la definición de la competencia desleal el factor permisivo de la empresa contratante hace algunas décadas, al considerar la concurrencia desleal como «la dedicación del trabajador a actividades laborales por cuenta propia o ajena, de la misma o similar naturaleza o rama sectorial de las que está ejerciendo en virtud del contrato de trabajo, siempre que la misma no haya sido consentida por su empresario y causen a éste un perjuicio real o potencial, generándose con tal actuación unos intereses contrapuestos entre las partes» (STS de 28 de noviembre de 1990). Dicha competencia se deriva de la realización de «tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que se están ejecutando en virtud del contrato de trabajo, sin consentimiento de su empresario y siempre que se le cause un perjuicio real o potencial» (STS de 22 de marzo de 1991). De ahí que la concurrencia desleal se aprecie por el hecho de fundar o constituir el trabajador sociedades competitivas, sin que sea necesario que se haya materializado la puesta en marcha y funcionamiento de la nueva empresa, si bien las gestiones previas a la constitución o las meras conversaciones no resulten suficientes. En el supuesto que se analiza se comprueban todos estos condicionantes, de modo tal que no existe autorización por parte de la empresa, la actividad pertenece a la misma rama sectorial y se deriva un perjuicio total o potencial por cuanto el trabajador intenta captar a sus nuevos clientes en la propia empresa para la que presta servicios por cuenta ajena.

B) Concurrencia desleal. Se requiere la conformidad previa de la empresa para la que se presta servicios

STSJ de Madrid de 18 de julio de 2011 (recurso de suplicación 517/2011), IL J 1389/2011.

1. El actor ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada, dedicada a la actividad de instalaciones deportivas y gimnasios, con la categoría profesional de Fitness Manager-Grupo II desde 2006. El contrato de trabajo, indefinido, incluía un «compromiso de confidencialidad» al ocupar el puesto de Fitness manager como puesto de confianza, reservándose la demandada el derecho a la libre designación y remoción de dicho puesto de trabajo. En junio de 2009 la empresa entrega al actor una carta de despido en la que se le imputa la prestación de servicios, en calidad de Director Técnico, en la empresa de entrenamiento personal de alto rendimiento «Teseo Sport», lo que implica que viene desarrollando las mismas funciones que aquellas para las que fue contratado por la empresa que despide. Este hecho, conocido a través de un reportaje retransmitido por el canal de

televisión «La Sexta» y constatado a través de la página web del centro, constituye un claro quebrantamiento de la buena fe contractual por concurrencia desleal, dada la identidad en las actividades y de negocio de ambos centros deportivos aun cuando el nuevo centro se encuentre especializado en el entrenamiento de los profesionales del toreo.

2. Tras la declaración como improcedente del despido en instancia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid considera que el actor ha incurrido en concurrencia desleal con la empleadora. «El área de actividad de servicios es coincidente, pues se refiere al entrenamiento físico y no es relevante la dimensión de la empresa creada en comparación con la existente, ni tampoco que la nueva esté en sus comienzos y la anterior esté muy consolidada, sino la coincidencia en el mercado en función del ámbito de actividad y del círculo de usuarios o clientes». El hecho de que la nueva empresa para la que presta servicios el actor tenga restringida la actividad profesional al entrenamiento de los profesionales taurinos supone «una especialización anteriormente inexistente, de forma que es susceptible de sustraer clientela a la demandada, pues los profesionales del mundo taurino anteriormente tenían que acudir a los gimnasios generales y ahora tienen una oferta de servicios específica de entrenamiento personalizado sin necesidad de asistir a un gimnasio». Ésta es precisamente la razón que permite discrepar de la sentencia de instancia «que valora la circunstancia de la especialización como impeditiva de la competencia». Por lo demás, entiende el Tribunal, «en lo relativo a la calificación de la concurrencia, se ha de tener presente que la jurisprudencia ha considerado la creación de entidades competitivas como concurrencia desleal; a ello ha de añadirse en relación con la posición del trabajador en la empresa que el actor era un empleado cualificado ocupando un cargo de confianza y con un compromiso de confidencialidad, y asimismo en la nueva entidad es el Director técnico, por lo que se halla en condiciones de utilizar el bagaje adquirido en la empresa recurrente en una actividad comercial de la competencia con potencial lesión de los intereses de su antia empleadora». Por todo ello, se considera que el actor «ha incurrido en concurrencia desleal al iniciar la andadura de una nueva entidad de servicios de entrenamiento físico sin haber solicitado previamente la conformidad de la empresa para la que prestaba servicios».

3. Además de las consideraciones expresadas en el comentario a la sentencia precedente, conviene añadir aquí cómo el Tribunal Supremo ha destacado en su jurisprudencia «el elemento intencional revelador de una premeditada conducta desleal del trabajador respecto de la empresa que no sólo remunera su trabajo, sino que también le facilita los medios para adquirir experiencia y perfeccionamiento profesional que luego aquél pretende utilizar en su propio provecho y en demérito o perjuicio para los intereses de la empresa» (STS de 18 de noviembre de 1983). La «concurrencia se da, sin duda, cuando se despliega una actividad productiva en empresa distinta y que tiene el mismo objeto que la que padece la competencia, pues en una economía de mercado libre concurren y compiten todas las empresas que se dedican a un mismo objeto en un mismo ámbito» (STS de 22 de octubre de 1990). Extendiendo más esta tesis, el Tribunal Supremo considera que «la concurrencia implica una actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado, por parte del trabajador, que entre en competencia económica con la del empresario por incidir en un mismo ámbito de mercado, en el que se disputa un mismo potencial de clientes. Esta Sala, al valorar la concurrencia desleal como quebranto de la buena fe contractual, exige

que la concurrencia, aunque no haya originado un perjuicio objetivado, sí que la actividad del trabajador incida en el ámbito de mercado de la empresa, significando una auténtica competencia, y ésta se valora como desleal, bien, porque la perfección profesional que el trabajador adquirió en su relación laboral es utilizada en contra de su principal... bien con un carácter más mesurado, para calificar de desleal la concurrencia, se exige que el puesto que el trabajador desempeña en la empresa signifique por su categoría o función, la posesión de datos internos de la empresa que constituyan una potenciación de la actividad competitiva y, por ello mismo, una deslealtad en libre concurrencia del mercado. Por último, en todo caso y como es obvio, es necesario para que se dé la competencia desleal la ausencia del consentimiento expreso o tácito del empresario» (STS de 8 de marzo de 1991). Pues bien, teniendo en cuenta el planteamiento expuesto en esta jurisprudencia, tal vez sería posible matizar la existencia de una competencia desleal en el supuesto que nos ocupa, a diferencia del caso anterior. En aquél existía un ánimo deliberado de competir que aquí no se aprecia, toda vez que el trabajador inicia una actividad especializada sólo colateralmente concurrente con la de su empresa inicial y aportando un bagaje profesional ya adquirido con carácter previo a su incorporación a la empresa que materializa su despido. Se trata de un centro especializado en el alto rendimiento de los profesionales taurinos en el que, por supuesto, se desarrolla una actividad de entrenamiento físico pero sumamente especializada y dirigida a potenciar la aptitud profesional de un torero. Actividad que no desempeña la empresa inicial y que, por lo tanto, no puede ser concurrente.

C) Alta dirección y despido por competencia desleal y abuso en el ejercicio de sus funciones

STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2011 (recurso de suplicación 4411/2011), IL J 1323/2011.

1. La empresa demandada es una compañía mercantil constituida con la denominación social de Moon Sportwear, S.L. en 1998 por el actor y otro socio. El actor consta de alta en la Seguridad Social en la empresa (hoy denominada Good Sportwear, S.L.U.). En escritura notarial, el administrador único de la empresa demandada otorgó a favor del actor la posibilidad de «concertar, constituir, aceptar, modificar, ejecutar y/o extinguir toda clase de contratos y actos de administración, riguroso dominio o de disposición, ya sean civiles, mercantiles, laborales, administrativos, fiscales y demás admitidos por las leyes». En 2009, el actor suscribe como representante de Good Sportwear, S.L.U. un contrato de agencia con otra empresa (MC Company, S.A.) para la promoción de ventas en España. Al mismo tiempo, el actor, en representación de una empresa creada por él mismo (Beach Store, S.L.) y de Good Sportwear, S.L.U., firma un contrato en el que se cede la titularidad del alquiler del local ocupado por esta última en favor de la primera. En octubre de 2009 el actor es despedido por parte de Good Sportwear, S.L.U. mediante una carta en la que se hace constar el abuso de la confianza depositada por la empresa al haber corroborado que el actor colabora con la empresa MC Company, S.A. a través de otra empresa creada por él mismo. Los hechos descritos constituyen una falta muy grave regulada en el Convenio Colectivo de aplicación que propicia el despido disciplinario del actor, siendo dado de baja en la Seguridad Social por parte de Good Sportwear, S.L.U.

2. Frente a la sentencia de instancia, que desestima la pretensión del actor, éste interpone recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En opinión de este último, «el art. 2 del RD 1382/85 establece que la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, lo que nos remite al art. 5.2 del Estatuto de los Trabajadores. Y, en este punto, la buena fe constituye un modelo de conducta exigible que impone un comportamiento con arreglo a valoraciones éticas y que se convierte en un criterio de valoración de conductas, traducibles o equivalentes en lealtad, probidad y confianza». Ha quedado probado, entiende el Tribunal, que «excediendo de la confianza que la empresa depositó en el actor en base a los poderes otorgados en su día y excediendo éste de sus atribuciones» firmó un contrato con la empresa MC Company, S.A. «que perjudicaba gravemente los intereses de la empresa demandada, habiendo quedado probada la colaboración del actor con dicha empresa de la competencia a través de otra empresa de la que el actor era partícipe». Tales hechos constituyen, de conformidad con el Convenio Colectivo de aplicación, una falta muy grave de competencia desleal constitutiva de un despido procedente.

3. El art. 21 LET reconoce la prohibición de efectuar una prestación laboral por parte del trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa. Esta obligación se extiende, en principio y salvo pacto en contrario, tanto a la relación laboral ordinaria como a las relaciones laborales de carácter especial. Como señala el Tribunal Supremo, el hecho de que el art. 21 LET disponga que «no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para varios empresarios cuando se estime concurrencia desleal» supone una omisión por no extender la «expuesta prohibición a conducta de tal clase realizada mediante trabajo por cuenta propia (pero eso) no supone en manera alguna su exclusión del ámbito de dicha prohibición» (STS de 29 de marzo de 1990). Constituye una obligación de carácter directo, esto es, supone un efecto natural derivado de la celebración de un contrato de trabajo y se considera de directa aplicación al asalariado desde el momento mismo de la existencia del contrato de trabajo, por lo que no requiere pacto alguno entre las partes para su desarrollo jurídico. Sin embargo, el deslinde entre la competencia desleal y la situación de pluriempleo del trabajador —situación del trabajador no prohibida— ha obligado en múltiples ocasiones a la jurisprudencia a delimitar el régimen jurídico aplicable de la competencia desleal, concretando los términos expuestos del art. 21 LET. Mas, en el supuesto que se analiza, la precisión se hace, incluso, menos necesaria toda vez que se trata de una relación laboral basada en la confianza de las partes, lo que genera un plus en el comportamiento del trabajador, siendo objeto de rechazo toda conducta que pueda derivar en desconfianza. Nada impide que el alto directivo de una empresa pueda tener otros negocios e incluso pueda ser trabajador por cuenta ajena ordinario o de carácter especial de otra empresa pero, si las actividades que realiza esta última pueden, directa o indirectamente, competir en el mercado con las de su empresa inicial, la exigencia de un «celo» especial en el comportamiento del trabajador puede originar un «recelo» más inmediato en la misma, derivando en una desconfianza que conduzca, como en el supuesto comentado, a finalización de la relación contractual.

4. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Movilidad interna: régimen general del *ius variandi* empresarial

STSJ de Galicia de 19 de mayo de 2011 (recurso de suplicación 4944/2010), IL J 1184/2011

1. La STSJ de Galicia núm. 2720/2011, de 19 de mayo, IL J 1184 (Rec. núm. 4944/2010) conoce en suplicación de una controversia suscitada por el rechazo del actor a pasar de ostentar la categoría profesional de especialista, operador B, nivel IV, en el sistema de clasificación profesional vigente, en el departamento de vapor, a ser trasladado al departamento de filtración bajo idéntico encuadramiento profesional. Ambos departamentos lo son del área de producción, junto con los de gestión y precipitación.

2. Tras intento de conciliación sin avenencia ante el Servicio Provincial de Mediación, Arbitraje e Conciliación de la Consellería de Traballo de la Xunta de Galicia, el Juzgado de lo Social desestima la pretensión considerando los hechos probados de la instancia que «las funciones a realizar por el actor en el departamento de filtración son las mismas que desempeñaba en el de vapor. Asimismo, el actor mantiene el mismo nivel salarial y el régimen de turnos que ya tenía antes del cambio».

3. Argumenta el actor que el citado traslado implica, en términos del fundamento de derecho tercero de la Sala, «un menoscabo a su dignidad y perjuicio para su formación, promoción o ascenso, pues el actor prestaba servicios profesionales en el departamento de vapor, y contaba con pericia y formación necesaria para su diligente desempeño y contaba con el reconocimiento de la empleadora al haber ocupado el cargo de jefe de equipo y con el cambio de departamento el actor debe operar con equipos totalmente distintos, en un proceso productivo también diferente y recibe la misma formación que el personal de nuevo ingreso y aun manteniendo el nivel IV puesto operador B lo cierto es que el trabajador se ve impelido para continuar en el desarrollo de su actividad con responsabilidad y pericia como venía haciendo lo que supone un retroceso en su formación profesional adquirida; y además es evidente que las posibilidades de promoción reconocidas tanto en el ET como en la CE se ven truncadas, pues pasando al departamento de filtración las posibilidades de promoción son más remotas, porque por un lado debe acreditar una experiencia de dos años como operador B en distintas áreas del departamento, con un plus de esfuerzo, al tener que formarse en labores distintas a las que venía realizando, sin que los conocimientos adquiridos a lo largo de 8 años sean potenciados, al serle encomendadas funciones que suponen un claro retroceso en la formación del recurrente».

Pero frente a las alegadas infracciones de los artículos 3.1.c), 4.2.b), 39 y 41 del ETT, artículos 1281 y ss. del Código Civil, la Sala, cuyo pronunciamiento confirma el de instancia, razona lo siguiente. En primer lugar, que «olvida el recurrente que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo y ejecución diferida y esta obviamente sujeto a modificaciones, entre ellas las que derivan del “*ius variandi*” reconocido al empresario con carácter general por los artículos 5.c) y art 20 del ET y con carácter específico el artículo 39 del ET». Y que los términos del número 1 de este último precepto se respetan en la decisión empresarial, encuadrable en este artículo y no en el art. 41 ET por lo que no ha de observar los requisitos propios del mismo.

En segundo lugar, que no resulta apreciable menoscabo alguno de la dignidad o un perjuicio de la formación, promoción o ascenso del trabajador demandante, considerando a tales efectos los hechos declarados probados en la instancia, y cuya revisión no prospera, el mantenimiento de su condición de especialista del nivel IV puesto operador B al tenor del art. 21 del Convenio Colectivo de aplicación y que las únicas diferencias, insuficientes, entre su prestación en uno u otro departamento estriban en la aplicación de los «conocimientos y habilidades de su categoría profesional —con nuevo instrumental— dentro de las instalaciones del nuevo departamento, para lo cual, para el conocimiento de las mismas y su manejo en condiciones de seguridad se le han impartido cursos de formación» y en el cambio de emplazamiento físico dentro de un mismo centro de trabajo. Sus posibilidades promoción o ascenso se ven preservadas, al tenor del art. 26 del Convenio, porque, en línea con la instancia, adquirida la experiencia necesaria en el nuevo departamento podrá el actor alcanzar la condición de líder de equipo, al igual que lo pudo ser en el departamento de vapor.

Se trata en definitiva de un supuesto de movilidad interna, horizontal u ordinaria encuadrable en el *ius variandi* empresarial y sin constatar, por último, abuso de derecho alguno.

5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Traslados. Tutela judicial. Vulneración. Derecho de indemnidad

STSJ de Asturias de 19 de mayo de 2011 (recurso de suplicación 959/2011) IL J 1234/2011.

1. Los demandantes de este conflicto, en primer lugar, celebraron con la empresa Televisión del Principado de Asturias (TPA) unos contratos por circunstancias de la producción en el año 2006, a tiempo parcial. Asimismo en el año 2007 estos constituyeron una comunidad de bienes, esta fue contratada para la realización de la prestación de servicios de cobertura informativa por TPA. En el año 2008 constituyeron estos una sociedad limitada cuyo objeto era la producción de programas informativos. Constituida esta se acordó una novación subjetiva de la Comunidad de bienes a la mercantil. Asimismo, con fecha enero de 2009, se suscribieron entre los demandantes y la mercantil Tencontent Media S.L. contrato de trabajo a tiempo completo. Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 se declaró en procedimiento de oficio que la relación entre TPA y los señalados era una relación laboral mientras prestaron servicios con la cobertura de la comunidad de bienes o la S.L. Asimismo el juzgado de lo Social declaró la existencia de una cesión ilegal de los demandantes entre Tencontent Media S.L. y TPA, condenando a TPA a reconocer a estos como trabajadores indefinidos y antigüedad de julio de 2006. Dicha sentencia no es firme. Tencontent Media S.L. procedió a comunicar a estos el traslado de centro de trabajo de Gijón, cuyo centro era la RTPA, a Oviedo, la sede de la empresa. El juzgado *a quo* desestimó la pretensión.

2. La Sala de lo Social examina a través del recurso la pretensión de tutela de los derechos fundamentales al entender que la empresa en el traslado acordado vulnera el principio de indemnidad. La Sala recuerda que «El derecho de todos los trabajadores a la garantía

de indemnidad, manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, constituye el punto de partida de la sentencia recurrida. Esta garantía se traduce en la nulidad de las actuaciones empresariales que constituyan una represalia frente al previo ejercicio por los trabajadores de acciones (reclamaciones judiciales o actos previos o preparatorios de las mismas) en defensa de sus derechos e intereses laborales. La protección que concede, al igual que la dispensada a los demás derechos fundamentales, está supeditada a la presencia de dos condiciones. El trabajador que la invoca necesariamente debe acreditar, al menos, indicios de la represalia. Cumplida esta carga la garantía despliega todos sus efectos si la empresa no prueba que su actuación ha obedecido a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, y ha sido una medida proporcionada atendiendo a las circunstancias concurrentes en el supuesto». Y así destaca valorando la prueba que el juzgador de instancia no toma en consideración que «Estos trabajadores prestaron y prestan servicios realmente en y para la empresa TPA, no siendo la codemandada TENCONTEN más que el empleador formal. Los datos indicadores de tal situación real son numerosos y aparecen a lo largo del relato fáctico de la sentencia [en los hechos probados cuarto a decimoquinto, las formas bajo las que se desenvuelve esa relación y la primera sentencia que la sanciona; en el hecho decimosexto, la sujeción directa de los demandantes al ámbito organizativo de la empresa TPA; en el hecho decimoséptimo, la segunda sentencia que lo declara (ya firme)]. Como esta Sala de lo Social señaló en la sentencia de 6 de mayo de 2011, que confirmó la declaración de cesión ilegal, “en conclusión, nos encontramos con una maniobra de TPA para evitar la consolidación de un puesto de trabajo mediante los subterfugios de obligar primero a los trabajadores a constituir una sociedad y adscribirse después a una empresa que no pone nada en absoluto en la contratación que se dice mantener con TPA”. La realidad o no de la empresa que se interpuso entre los actores y la auténtica destinataria de sus servicios resulta indiferente y así se indicó en nuestra sentencia sobre la cesión ilegal, en la que se asumía doctrina sentada por el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 4 de marzo de 2008, según la que: “en este último aspecto se ha remarcado la irrelevancia de la realidad empresarial, pues aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de realidad empresarial, esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión, pues como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, de manera que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio”». Por consiguiente señala la sala que si los demandantes a lo largo de todo el tiempo de servicios han estado destinados en las instalaciones de la empresa TPA en Gijón, era por consecuencia de ser ésta la que dirigía, organizaba, recibía y se beneficiaba de la prestación. Carece por tanto de sentido, esto es, no puede considerarse razonable que por Tenconten se disponga el cambio de centro, por razones organizativas o circunstancias técnicas, no explicadas en la carta entregada a los trabajadores, o que sirva de justificación a la medida la circunstancia del traslado de toda la plantilla, pues es evidente que la situación de los demandantes

estuvo desde el comienzo ligada a su real empresario y al centro desde el que éste despliega la actividad, a cuyo desarrollo contribuyen los demandantes con su trabajo.

3. Como conclusión estamos ante un proceso de tutela de derechos fundamentales donde se examina lo ajustado a derecho de un traslado y la Sala acude a los indicios ante las sucesivas pretensiones jurisdiccionales, en otros procesos, declaración de relación laboral, la existencia de una cesión de mano de obra y por tal proyectando el indicio no aporta prueba ni justificación objetiva y razonable la demandada sobre el traslado de centro y lugar (art. 179.2 LPL).

B) Traslado de centro de trabajo. Procedencia

STSJ de Galicia de 21 de Julio del 2011 (recurso de suplicación 2339/2011), IL J 1393/2011.

1. La trabajadora vino prestando servicios en el centro de trabajo que la empresa tiene en la localidad de Cambados, desempeñando su trabajo en jornada reducida, por causa de cuidado de hijos menores. Su domicilio familiar se encuentra en la localidad de Villagarcía de Arosa, siendo su lugar de prestación de servicios en el centro de Cambados de lunes a viernes de 10.00 horas a 13.30 horas, sábados de 9.45 a 13.30 horas en invierno, y en horario de verano de lunes a viernes de 10.00 horas a 13.45 horas y sábados de 10.00 horas a 14.00 horas. Por la empresa se comunicó a la trabajadora el traslado a Sansenxo y ello al manifestar que no exige cambio de su lugar de residencia y se enmarca en las facultades organizativas del poder de dirección de la empresa. Asimismo relata circunstancias organizativas al destacar que el centro donde presta servicios supone mayor carga de trabajo, lo que limita la reducción de jornada, mientras que el nuevo destino permite horarios más flexibles.

2. La sala de lo Social examina si estamos ante un traslado con vulneración del art. 40 ET y si este vulnera el art. 39 CE en relación con los arts. 15.4, 35 y 37 ET. Respecto al traslado, reitera la doctrina conforme a la cual no todo cambio de centro de trabajo puede ser considerado como un traslado regulado en el art. 40 del ET, puesto que el elemento consustancial a dicho traslado lo es que esta nueva ubicación obligue al trabajador a un traslado de residencia, o bien el desplazamiento al nuevo lugar de trabajo sea excesivamente gravoso. Por ello por traslado en sentido propio se entienden los supuestos en que el cambio de centro de trabajo exige el cambio de residencia, siendo tal elemento lo que realmente caracteriza al traslado, frente a los supuesto de movilidad geográfica «débil» en las que no implica aquel cambio de residencia, estando amparados por el ordinario poder de dirección del empresario regulado en los arts. 5.1.c) y 20 del Estatuto de los Trabajadores. Así la movilidad geográfica débil no está regulada en el ET y lo sitúa en el poder de dirección del empresario, claro está salvo que la negociación colectiva pueda imponer límites. En el presente supuesto la negociación colectiva limita tal facultad a que la distancia del traslado entre poblaciones no esté a más de 15 km. El juzgador de instancia valora como prueba documental los datos de la guía Michelin entre las poblaciones, y ello a pesar de que se aporta un documento o certificado del alcalde donde refiere que existen más, la Sala no acoge tal modificación, sino que se atiene a las facultades del Juez de Instancia valorando la no facultad del Sr. Alcalde en la emisión de tal certificado. Así la cuestión,

no superando los 15 km, entre las poblaciones, entiende que es ejercicio de la facultad de dirección de la empresa tal traslado.

Por último, en lo que se refiere a la vulneración del principio constitucional de protección a la familia y por tal entender represalia empresarial a su reducción de jornada, la Sala reitera la necesidad de aportar por la trabajadora que aduce tal vulneración un principio de prueba (indicios) y solo aparecen elementos o motivos de organización empresarial en relación con los horarios de trabajo. En su consecuencia se confirma la decisión desestimatoria de la instancia.

3. La sentencia que se examina destaca correctamente la línea divisoria entre el traslado del art. 49 ET, que impone al trabajador el cambio de residencia o un traslado gravoso, y el ejercicio del poder de dirección contenido en el art. 20 ET, que supone un traslado débil pues no hay tal cambio de residencia o gravosidad. Asimismo examina los límites del traslado a la luz de la negociación colectiva y a pesar de ser débil debe respetar lo establecido en el Convenio Colectivo, pues de lo contrario se enmarcaría en los parámetros de la justificación prevista en el art. 40 ET. Por último, y respecto a la vulneración de norma constitucional por ser una medida de represalia empresarial por la reducción de la jornada al amparo del art. 37, reitera las exigencias de la carga de probar indicios, lo que no lleva a cabo la trabajadora.

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) **Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.**

Inexistencia. Movilidad funcional

STSJ de Galicia de 19 de mayo de 2011 (recurso de suplicación 4944/2010), IL J 1184/2011.

1. El trabajador, con categoría profesional de especialista y prestación de servicios en departamento de vapor, fue trasladado al departamento de filtración. Las funciones son las mismas en ambos departamentos, manteniendo el mismo nivel salarial y el régimen de turnos que ya tenía antes del cambio. El trabajador impugna tal hecho, lo que es desestimado por el Juzgado de lo social.

2. La sentencia de la sala examina si estamos ante un supuesto de modificación sustancial o movilidad funcional y analizando el art. 39 ET señala que «el actor sigue prestando servicios como operador B especialista y realiza unas mismas funciones, en unos mismos turnos de trabajo, percibiendo por ello una misma remuneración, y así la única variación producida consiste en pasar del departamento de vapor al de filtración, que de hecho el actor no alega que haya experimentado cambio alguno en cuanto a su grupo profesional ni a su grupo de cualificación, puesto que sigue ostentando la categoría de especialista, incluida en el grupo profesional de operarios y en grupo IV de cualificación de acuerdo con el artículo 21 del convenio y anexo del mismo, y así sus funciones no solo se encuentran dentro del mismo grupo, sino que son idénticas a las desempeñadas en el departamento de vapor, la única variación deriva del hecho de trabajar en una ubicación física diferente

dentro del mismo centro de trabajo, y aplicar los conocimientos y habilidades de su categoría profesional dentro de las instalaciones del nuevo departamento, para lo cual, para el conocimiento de las mismas y su manejo en condiciones de seguridad se le han impartido cursos de formación». Por otro lado alude el trabajador a que tal cambio afecta a su ascenso con menoscabo de su dignidad, ello es rechazado por la sala con amparo en el propio convenio colectivo. En su consecuencia se rechaza el recurso.

3. La sala analiza los requisitos del art. 41 ET —modificación sustancial de condiciones de trabajo— y del art. 39 —movilidad funcional—, llegando a la conclusión en razón a los hechos probados de que estamos dentro del campo de la movilidad funcional, esto es, *ius variandi* o poder de dirección que autoriza tal precepto.

B) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Caducidad

STS de 30 de junio de 2011 (recurso de casación 173/2010), IL J 1160/2011.

1. Por la empresa se remitieron varias comunicaciones en distintas fechas sobre unificación de funciones y tareas como de determinados puestos, no siendo impugnados. Así, con anterioridad a las comunicaciones existían 14 jefes de turno polivalentes, pasando a partir de las fechas que se recogen a 7. La comisión Negociadora de Generación se reunió el 21 de noviembre de 2008, el 3 de diciembre de 2008, el 12 de diciembre de 2008, el 29 de diciembre de 2008, el 14 de enero de 2009, el 12 de febrero de 2009, tratando, entre otros asuntos, el documento empresarial relativo a los cambios organizativos, unificación de los puestos de jefes de turno y de condensado. La decisión tomada por la empresa fue impugnada por la Asociación de Cuadros presentando demanda de conflicto colectivo, la cual es desestimada por caducidad de la acción.

2. La sentencia del TS recoge la doctrina jurisprudencial sobre el procedimiento del art. 41 ET, fijando como resumen los siguientes criterios: «a) El que las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo tengan carácter individual o colectivo no depende del número de trabajadores afectados ni de su identificación (41.2 ET), sino de que las condiciones sustanciales a alterar tengan su origen bien en un derecho de disfrute individual, bien en un acuerdo o pacto colectivo o sean disfrutadas en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. b) El proceso especial regulado en el art. 138 LPL tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el art. 41 del ET. Por tanto, si no se cumplen por el empleador las exigencias formales del precepto (apertura del período de consultas, acuerdo favorable de la mayoría de los representantes de los trabajadores y notificación a éstos de la medida aprobada con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad, en el caso de las modificaciones colectivas, o notificación de la medida a los trabajadores y sus representantes legales en el plazo citado cuando se trata de modificaciones individuales), no puede entenderse que la medida se ajuste a lo establecido en el citado art. 41 del ET, siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida —y no el especial del art. 138 LPL, o el de conflicto colectivo si es que se impugna la práctica empresarial por ese cauce, pero en tal caso sin sometimiento a plazo de caducidad—. c) El instituto de la caducidad es aplicable tanto a las acciones individuales como a las colectivas.

d) La sujeción de la impugnación al plazo de caducidad de los arts. 138 LPL y 59.4 ET se produce exclusivamente de ser adecuado el cauce de la modalidad procesal del art. 138 LPL, puesto que la decisión empresarial se considera modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos, sólo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del art. 41 ET. De tener que seguirse el procedimiento ordinario, no habría sometimiento a dicho plazo de caducidad, lo que es extrapolable al conflicto colectivo. e) El desconocimiento de las exigencias del art. 41 impide calificar la medida de modificación sustancial con independencia del contenido de la misma, es decir, aun cuando la medida sí pudiera implicarla en el fondo. f) Por último, hemos sostenido que la caducidad es una «medida excepcional del ordenamiento que, para proteger el interés derivado de la pronta estabilidad y certidumbre de situaciones jurídicas pendientes de modificación, impone la decadencia de determinados derechos o facultades por el mero transcurso del tiempo, no puede ser objeto de interpretaciones extensivas que cierren la posibilidad de un examen material del fundamento de la pretensión cuando el ejercicio de ésta no resulta claramente extemporáneo. Y esta orientación jurisprudencial ha de relacionarse, a su vez, con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los criterios de proporcionalidad que, en garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, han de aplicarse para valorar la trascendencia de los defectos procesales» (como recuerda la STS de 27-12-1999 rcud. 2059/2009, y se reproduce en sentencias posteriores antes citadas).

En el presente conflicto se trata de determinar si la empresa ha seguido el procedimiento del art. 41 ET y por ello el plazo de impugnación está sometido al plazo de caducidad de los 20 días o si estamos ante una acción impugnatoria sometida al plazo de prescripción general. Y ello se conecta con si la empresa llevó a cabo la exigencia contenida en el art. 41.4 ET en cuanto que la decisión debe ir precedida de un período de consultas con la representación legal, período de consultas que deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y, durante esta, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Para la doctrina del TS el art. 41.4 ET no impone un número mínimo de reuniones ni un contenido concreto de las mismas. Habrá de estarse a la efectiva posibilidad de que los representantes legales de los trabajadores sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial y sus razones, y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo. En todo caso, la esencia del procedimiento estriba en la persistencia de la buena fe y la inicial intención de lograr un acuerdo. En el marco de esa obligación de negociación de buena fe, ha de incluirse el deber de la empresa de ofrecer a la representación de los trabajadores la información necesaria sobre la medida y sus causas, mas tampoco hay en el texto legal imposición formal alguna al respecto, bastando con que se produzca el intercambio efectivo de información. En el presente supuesto, la serie de reuniones mantenidas entre la empresa y los representantes de los trabajadores a las que se ha hecho alusión, en las que figuraba el tema de la modificación ahora combatida, constituye marco adecuado para el desarrollo del periodo de consultas al que se refiere el art. 41.4 ET. Por consiguiente, la acción se habrá de sujetar al plazo de caducidad del art. 59.4 ET, por tanto incumplido el plazo de impugnación la acción se encuentra caducada.

3. La sentencia que se examina reflexiona sobre el procedimiento colectivo previsto en el art. 41 ET, y examina si, en el presente supuesto, la empresa siguió las pautas del precepto respecto a la apertura del periodo de consultas, lo que da valor a la realidad de distintas reuniones con un orden del día que contiene las modificaciones que se operarían, ello supone un marco adecuado para el desarrollo del periodo de consultas al que se refiere el precepto.

C) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Variación de jornada

STSJ de Galicia de 13 de mayo de 2011 (recurso de suplicación 5715/2010), IL J 1179/2011.

1. Los trabajadores prestan servicios en un concreto centro de trabajo en el turno denominado cerrado de 8 horas sin descanso de 15 minutos. Los trabajadores, a pesar de su ingreso en la empresa entre el año 2003 y 2007, llevan a cabo una jornada anual de 1.600 frente a las 1.696 genéricas. Por la empresa al detectar la diferencia de jornadas, consecuencia de otras reclamaciones de otros centros, dirigió comunicación en abril de 2010, señalando que su jornada de acuerdo con el CCME III era de 1.696 horas anuales. Los trabajadores impugnaron la decisión dictándose por el Juzgado de lo Social sentencia que declaró nula la modificación.

2. La sala que conoce del recurso parte de la idea de la existencia, dentro del grupo de los trabajadores que prestan sus servicios de forma permanente en el denominado turno cerrado, de dos grupos: (1) los que ingresaron en la empresa antes del I CM del año 2000 y cuya jornada anual de 1.600 horas es expresamente respetada en el propio Convenio del año 2000, que estableció una jornada de 1.716 horas pero conservando las condiciones más ventajosas disfrutadas con anterioridad, y que después hicieron lo mismo los sucesivos Convenios del grupo, y (2) aquellos trabajadores, como los demandantes, que si bien ingresaron después del referido CM del año 2000 y que por ello estaban sujetos a la jornada de 1.716 horas o después a la de 1.696 horas, vinieron disfrutando como beneficio o condición más beneficiosa esa misma jornada reducida de 1.600 horas que disfrutaba el primer grupo. El Juzgado de instancia entiende que estamos ante una condición más beneficiosa para con ello entender que los demandantes ostentan la condición de una jornada de 1.600 horas. Y la sala así lo confirma, recogiendo la doctrina jurisprudencial y señalando «Para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (...), de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho» (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 beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo» (sentencias de 25 de enero, 31 de mayo y 8 de julio de 1996); b) Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide poder extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario; manteniéndose en definitiva el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas (sentencia de 16 de septiembre de 1992); c) En este caso la voluntad de conceder el beneficio resulta evidente

teniendo en cuenta, por un lado, la especial consideración del grupo de trabajadores a los que se mejora, los trabajadores adscritos al turno cerrado cuyo régimen jurídico les priva de la pausa de descanso por bocadillo que sí disfrutaban el resto de trabajadores, de modo que la reducción de la jornada anual en siete días guarda relación o lógica con lo anterior y en todo caso despeja la alegación empresarial de error o irregularidad unido al hecho de que la vengan disfrutando desde hace años, en algunos casos desde hace siete años y otros desde hace dos, pero en cualquier caso lo que prima no es tanto desde cuándo la disfrutaban los trabajadores afectados sino desde cuándo se manifiesta la voluntad empresarial de conceder el beneficio y que está presente en el referido grupo desde cuando menos hace siete años y disfrutada por todos los que prestan sus servicios en el turno cerrado, sea de forma permanente sea coyuntural».

3. Por tanto el cambio de jornada (1.600 a 1.696) es una modificación sustancial de condiciones de trabajo y al no haberse seguido los tramites del art. 41 ET esta es nula.

D) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Profesores de religión católica, jornada y horario. No se estima

STS de 19 de julio de 2011 (recurso de casación 135/2010), IL J 1293/2011.

1. Por la Consejería de Educación de la comunidad de Madrid se modificó la jornada de los profesores de religión para el curso 10-11, lo que se comunicó al sindicato. Este impugnó la decisión interponiendo demanda de conflicto colectivo, siendo desestimatoria la pretensión ejercitada.

2. Para el TS las peculiares y extraordinarias características de la disciplina en cuestión, la Disposición Adicional Segunda de la Ley 2/2006, Orgánica de Educación, de 3 de mayo, dispone que «será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntaria para los alumnos», las condiciones de trabajo de ese tipo de docentes, en términos generales y a salvo de lo que pudiera establecerse formal e individualmente en cada contrato de trabajo, no vienen constituidas por la jornada concreta —y su consecuente distribución— que pudiera haberse venido realizando durante el curso anterior, puesto que, en abstracto y por definición, ni una ni otra se encuentran consolidadas en esa peculiar relación laboral regulada en el RD 696/2007, de 1 de junio, dado que en su art. 4.2, además de reiterar el contenido de la adicional Tercera de la LOE respecto a las facultades de las Administraciones docentes en función de las necesidades de cada centro, también se contempla la posibilidad («... sin perjuicio de...») de que las modificaciones puedan producirse por razón de la planificación educativa. En el supuesto examinado no consta que los profesores de religión hayan tenido nunca un horario o una jornada estable o determinada, porque, al parecer, siempre han dependido de las circunstancias de la demanda en cada curso escolar y en cada centro docente. Y siendo así (es decir, ni siquiera estando acreditado que jornada y horario constituyeran en estos casos, y en términos generales, condiciones pactadas de manera estable y permanente, ni de forma individual ni colectivamente), tampoco puede entenderse que los cambios que, a consecuencia de las variaciones experimentadas por las solicitudes de los alumnos, hayan de producirse en el curso siguiente deban seguir las formalidades y requisitos que contempla el art. 41 del ET. No obstante se notificó por la Administración al

Comité de Empresa los cambios que se iban a producir en los contratos de los profesores de religión católica para el curso 2010-2011 y al sindicato demandante.

La Sala de lo Social del TS mantiene el mismo criterio que el TSJ, señalando que «la adecuación de la jornada y de los horarios a esas circunstancias cambiantes de la especialidad de la asignatura es una constante prácticamente inherente a la misma y, por tanto, no puede decirse que la «estabilidad en el tiempo» (que no en «el empleo»), es decir, el mantenimiento cada año de idénticas condiciones de horarios y jornadas a las del curso anterior, constituya una expectativa de los profesores de religión de la Comunidad de Madrid. Esta es una de las principales consecuencias de lo que, aunque no esté configurada expresamente por ley como una relación especial a los efectos del art. 2.1.i) del ET (TS 6-6-2005, R. 950/04), sí puede calificarse como «objetivamente especial», tal como esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo ya había hecho en varias ocasiones al admitir que «el conjunto de normas que regulan la relación laboral de estos profesores con la administración constituye un sistema específico y homogéneo con suficiente rango normativo «que tiene “tanto un fundamento formal, pues ha sido establecida en un tratado internacional que reincorpora al ordenamiento interno con fuerza de ley (artículo 94 de la Constitución Española y 1.5 del Código Civil), como material, dadas las peculiaridades que concurren en la relación de servicios” (TS 7-5-2004y 9-2-2011, R. 123/03 y 3369/09)»; carácter objetivamente especial que ha destacado el Tribunal Constitucional (51/2011). Por tanto la singularidad y las características especiales que derivan de la cambiante demanda de la asignatura y de la falta de acreditación de situaciones consolidadas determinan que decaiga el recurso. En su consecuencia no estamos ante una modificación sustancial.

E) Iberia LAE. Trabajadores fijos a tiempo parcial. Reducción de jornada

STS de 4 de octubre de 2011 (recurso de casación 4604/2010), IL J 1367/2011.

1. Los trabajadores vienen prestando servicios en jornada de cinco horas diarias, seis días a la semana, lo que supone una jornada de 30 horas semanales y 1.300 horas anuales. Por la empresa en la programación del horario de esta, a partir del día 5 de mayo de 2008 se modifica la jornada programándose días con 3 y 4 horas de jornada y otros con 5 horas de jornada, llegando incluso a programarse descansos de festivos previamente trabajados a cinco horas con días de descanso de tres horas.

2. El debate jurídico a la luz del art. 1.4 del Convenio Colectivo suscrito entre Iberia y su personal de Tierra, en el que se regulan las condiciones de trabajo de los Trabajadores Fijos de Actividad Continuada a Tiempo Parcial (FACTP), autoriza a la empresa a la reducción de jornada. Y la sala señala acertadamente que «la facultad de distribuir la jornada no es identificable con la de reducirla». Aun así cuando dicha distribución pudiera suponer una disminución de la jornada, la norma convencional condiciona la modificación a las cargas de trabajo. La empresa alega como justificación una supuesta disminución del número de vuelos, y es esa circunstancia la que habría comportado —afirma— la distribución de la jornada, habiéndose respetado los límites establecidos en el Convenio Colectivo. Pero nada ha justificado en ningún momento la señalada disminución de vuelos, por ello la medida adoptada por la empresa carece de sustrato material, y por ende, de apoyo en la norma convencional, deviniendo ilícita.

3. La Sala, correctamente, señala que la facultad de distribuir no es identificable a reducir y esta viene vinculada a la modificación de cargas, correspondiendo la prueba de la justificación —disminución de vuelos— a la empresa y esta nada acredita y por tal la Sala desestima el recurso y confirma la sentencia que declaró injustificada la medida.

F) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Condición más beneficiosa

STS de 22 de septiembre de 2011 (recurso de casación 204/2010), IL J 1358/2011.

1. Los trabajadores del Banco de España y pensionistas podían abrir cuentas corrientes, no obstante la prohibición establecida por el DL 18/1962. En la empresa existía una circular interna, 6/95, para la apertura y mantenimiento de las cuentas de los trabajadores y pensionistas, Por circulares 4/2010 y 5/2010 se dispuso que los empleados, en activo o no, y pensionistas titulares de cuentas corrientes en el Banco de España deberán retirar los fondos que mantengan depositados en dichas cuentas antes del 30 de septiembre de 2010. Llegada esa fecha, se procederá a la cancelación definitiva y cierre de las mencionadas cuentas. Asimismo la supresión de cambio de divisas y transferencias al exterior, así como la venta de cheques, y cheques de viaje en moneda extranjera.

2. La Sentencia de la Sala de lo Social de la AN estimó el recurso anulando las circulares señaladas. Interpuesto recurso de casación por el Banco de España, tuvo conocimiento a través del recurso de casación el TS. Este examina si estamos ante una condición más beneficiosa pues tal es negada por el Banco de España. Así, señala que «Es cierto que, como se ha señalado en la jurisprudencia de esta Sala que se cita, no basta con la mera reiteración en el tiempo para poder afirmar que nos hallamos ante una condición más beneficiosa, sino que ha de analizarse si la misma evidencia la voluntad empresarial de otorgar determinado beneficio. Pero no hay duda que en este caso la reiteración temporal, además de ser significadamente relevante por su extensión, está acompañada de la exteriorización clara de una voluntad inequívoca de reconocer a los trabajadores el derecho ahora puesto en entredicho. Así se desprende de la necesidad de que la empresa mantuviera la infraestructura precisa para la constante operatividad de las cuentas corrientes, y, también del hecho cierto de que la mecánica de las mismas viniera siendo pautada por las propias Circulares del Banco. Al respecto de esta última circunstancia, cabe afirmar que las modificaciones operadas en la Circular 20/1965, además de evidenciar la consolidación del derecho, no sirven sino para poner de relieve la persistencia de aquella voluntad empresarial». Partiendo de tal condición se sostiene en el recurso que se trata de una modificación sustancial, sin embargo la sentencia destaca que «las Circulares 4 y 5/2010 implican supresión de las cuentas y del cambio de divisas y transferencias al exterior, así como la venta de cheques, y cheques de viaje en moneda extranjera. Es evidente que la supresión altera el conjunto de prestaciones de la empresa para con sus empleados, máxime si se tiene en cuenta que incide en una prerrogativa instaurada en el tiempo de forma consolidada. Por ello, con independencia de la motivación que pudiera tener la empresa..., se hacía necesario que, además de concurrir una causa que pueda ser catalogada entre las legales, se siguiera el trámite establecido en el art. 41 ET para la modificación sustancial de condiciones». Por último y respecto a la alegación de afectar a la Directiva 64/2007, señala que nada guarda relación el conflicto con esta, pues se trata de un producto bancario peculiar que no actúa en el marco descrito en la Directiva. En su consecuencia se confirma la sentencia.

3. Como reflexión a esta sentencia dos son los extremos examinados, la condición más beneficiosa, y si bien insiste que el elemento temporal no es determinante del beneficio la reiteración temporal tan relevante, unida a una exteriorización, determinan tal existencia. Y otro aspecto es la modificación si es sustancial, y afectando a supresiones en un conjunto de prestaciones de la empresa para con sus empleados supone la sustancialidad y por tal debió seguirse los trámites del art. 41 ET.

**G) Conflicto Colectivo Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.
Modificación de jornada**

STSJ de Galicia de 21 de Julio de 2011 (recurso de suplicación 1028/2011), IL J 1397/2011.

1. Por la empresa, Asociación dedicada a la promoción de personas con retraso mental para la integración en la sociedad, en diciembre de 2008 se acordó modificar las condiciones de trabajo, horario y jornada de 17 trabajadores, estableciéndola en 38 horas semanales; siendo rechazada por la representación sindical e impugnada en vía jurisdiccional se declaró nula la modificación de las condiciones de trabajo, condenando a la empresa a restablecer a la jornada y horarios anteriores. En diciembre de 2009, la entidad concertó la prestación de servicio público con la Consellería de Traballo e Benestar de la Xunta de Galicia, para la reserva y ocupación de plazas en centro residencial con centro de día para personal con discapacidad, disponiéndose un servicio de Centro de Día para las personas usuarias que debe estar abierto de lunes a viernes, con un horario de funcionamiento diario de un mínimo de 7,5 horas, si bien se podrá disminuir con la finalidad de adecuarlo a la duración de la jornada diaria establecida para el personal de atención directa conforme al convenio colectivo que resulte de aplicación..., a lo largo del año natural el centro deberá funcionar como mínimo durante 220 días. En el mes de mayo de 2010 se inició periodo de consultas con la finalidad de ampliar el horario del personal, no llegándose a ningún acuerdo en el periodo de consultas. La empresa notificó a los afectados que su jornada de trabajo pasaría a ser a partir del día 1 de septiembre de 2010 de lunes a viernes de 9:15 a 16:30 horas, y los jueves 2 horas más por la tarde. En total 38,35 horas semanales. La medida afecta a 21 trabajadores de 42.

2. El Juzgado de lo Social desestima la pretensión y esta a través del recurso de suplicación es conocida por la Sala de lo Social del TSJ. Dicha sentencia parte de la idea de que si determinados trabajadores disfrutaban de una jornada inferior ello era debido a la liberalidad empresarial, admitiendo tal condición como un derecho adquirido, pero que en este caso se integra en el Convenio colectivo, lo que convierte tal condición más beneficiosa de carácter colectivo en una condición establecida en convenio colectivo, y que afecta al apartado a) del núm. 1 del artículo 41 ET, y así lo recoge la doctrina jurisprudencial (STS de 28-2-2007) y por tal recuerda que el legislador ha situado en el mismo plano las modificaciones que afectan a condiciones de trabajo que derivan de decisiones del empresario de alcance colectivo o de acuerdos colectivos no normativos o plurales y las que derivan de convenios colectivos normativos (41.2 ET). Por ello, en este caso, afectando la modificación a condiciones de trabajo reconocidas en convenio colectivo, cual es el reconocimiento como derecho adquirido no revisable el disfrute de una jornada inferior a la normal, solo

cabría en su caso su modificación en virtud de acuerdo entre las partes, lo que afecta a los nueve trabajadores con estas condiciones de jornada de 33 horas, y por tal, no existiendo acuerdo, se acoge el recurso para estos.

En lo que se refiere a las razones alegadas por la empresa, organizativas, la Sala recuerda la sentencia de la AN de 10-3-2011, en cuanto señala que «el presupuesto constitutivo, para que proceda la modificación sustancial de condiciones de trabajo por causas económicas, no es que concurra una situación económica negativa actual, sino que la medida contribuya a prevenir una evaluación negativa de la empresa, entendiéndose que concurre causa productiva, cuando la medida contribuya a mejorar la situación y perspectivas de la empresa a través de una mejor organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, siendo reiterada y pacífica la jurisprudencia que ha establecido que en las causas productivas no es obligatorio que concurra una situación económica negativa», como por otro lado la doctrina jurisprudencial (STS 17-5-2005), en cuanto claramente diferencia las causas económicas, productivas y de organización respecto a los presupuestos de la extinción colectiva u objetiva (arts. 50 y 51 ET) de las señaladas causas en la modificación sustancial de condiciones de trabajo o en los traslados (arts. 40 y 41 ET), señala que «La justificación del distinto alcance y contenido de las causas o razones justificativas de los despidos económicos y de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo desvelada por la interpretación literal y por la interpretación sistemática de los preceptos legales respectivos se pone de manifiesto también en la aplicación del canon de la interpretación finalista. La razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (“flexibilidad externa” o “adaptación de la plantilla”) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo (“flexibilidad interna” o “adaptación de condiciones de trabajo”). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la “libertad de empresa” y de la “defensa de la productividad” reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de “reestructuración de la plantilla”, la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la “libertad de empresa” y el “derecho al trabajo” de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional». Por consiguiente las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, que afectan, como en el supuesto debatido, a la jornada, adaptando la existente a la fijada en el Convenio Colectivo, no exigen acreditar la concurrencia de una situación económica negativa, entendiéndose como tal la emergencia de pérdidas suficientes, bastando que la medida contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa, o a mejorar la situación de la empresa a través de una mejor organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, lo que parece evidente cuando la demandada utiliza los medios personales existentes para dar cobertura a una contratación administrativa que así lo exige, sin que suponga por otro lado una carga excesiva para aquellos, en tanto salvo para los trabajadores con una jornada inferior de 33 horas sobre los que ya hay pronunciamiento expreso de la Sala, la jornada de 38 horas que realizaban pasa a ser de 38,5, debiéndose recordar que no es el perjuicio que se le cause al trabajador el que define como justificada

o no la modificación sustancial, sino si aquella es razonable y adecuada a las necesidades de la empresa, lo que sí se ha acreditado. Por tanto la conjunción de ambas determina la estimación parcial del recurso.

3. Dos son los extremos que examina la sentencia, uno el referido al respeto de la condición mas beneficiosa en cuanto a la jornada, minorada para otros trabajadores e integrándose en el Convenio Colectivo, solo cabe incrementarla mediante el acuerdo y aceptación de los trabajadores afectados. Y la segunda es la menor rigidez en cuanto a las causas económicas, productivas y organizativas en lo que se refiere a la modificación sustancial de condiciones de trabajo en relación con los despidos colectivo o el despido objetivo, criterios que de forma correcta y acudiendo a la doctrina jurisprudencial resuelve la Sala de lo Social en el recurso.

LOURDES LÓPEZ CUMBRE (dir.)
ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ (coord.)
FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA
MARTA CIMAS SOTO
MARÍA ANTONIA CORRALES MORENO
DAVID LANTARÓN BARQUÍN
MARINA REVUELTA GARCÍA
MONTSERRAT RUIZ CUESTA
CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO.
 - A) **Causas de extinción contractual.**
 - B) **Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica.**
 3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN.
 4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS.
 - A) **Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Art. 52.c) ET.**
 - B) **Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación.**
 5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO.
 - A) **La caducidad de la acción.**
 - B) **El procedimiento por despido.**
 6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA.
 7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA.
 - A) **Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia.**
 - B) **Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización.**
 - a) La indemnización: cuantía y cálculo.
 - b) Salarios de tramitación.
 8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD.
 - A) **Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.**
 - B) **Distribución de la carga probatoria.**
 - C) **Cuestiones conexas.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la *Revista Información Laboral*, números 9 a 11 del año 2011.

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

En este apartado, cabría destacar la **STS de 11 de julio de 2011**, J 1282 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 3334/2010), que desestimó el recurso de casación interpuesto por tres trabajadores contra la sentencia dictada por el TSJ de la Comunidad Valenciana, sobre extinción indemnizada del contrato de trabajo al amparo del artículo 50.1.b) del ET, por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario. La cuestión residía en resolver si tenían o no derecho a ejercitar con éxito tal acción cuando, en el momento en que se dictó la sentencia de instancia del orden social, su relación había sido ya extinguida por auto del Juzgado de lo Mercantil en el marco de un procedimiento concursal voluntario, alcanzando un acuerdo en tal sentido con los representantes de los trabajadores. La Sala resolvió en sentido negativo, en tanto que «el éxito de la acción basada en el art. 50 ET exige que el contrato esté vivo en el momento de dictarse la sentencia, porque la sentencia tiene en estos supuestos carácter constitutivo y —de prosperar la acción— declara extinguido el contrato en la misma fecha en la que se dicta» (STS 26-10-2010)».

La **STSJ de Madrid de 21 de julio de 2011**, J 1398 (recurso 804/2011), desestimó el recurso de suplicación en el que la parte recurrente había accionado por resolución de contrato trabajo con AENA de conformidad con el artículo 50.1.c) del ET. Los incumplimientos alegados se basaban en la vulneración de derechos básicos a las condiciones de trabajo pactadas y a la libre sindicación, así como en determinados recortes salariales. El actor ejercitó la acción de resolución por entender que la entidad demandada había realizado una aplicación desviada y abusiva del Real Decreto-ley 1/2010 y Ley 9/2010, que había conducido a una afectación inadmisibles de sus condiciones laborales básicas.

La Sala razona: «A este respecto, cabe señalar que los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA son empleados públicos que prestan un servicio público esencial para nuestra sociedad, como es el control del tránsito aéreo. Su carácter de empleados públicos

determina, asimismo, una especial sujeción a los principios y normas que el Estado dicte para la regulación de la prestación de dichos servicios. Al mismo tiempo, la naturaleza jurídico-pública de su relación laboral determina que sus acuerdos colectivos deban ajustarse a los principios y reglas contenidos en el Estatuto Básico del Empleado Público y a lo dispuesto, en lo concerniente a sus retribuciones, en las leyes de presupuestos de cada año, que condicionan la suscripción de convenios, pactos o instrumentos similares de los que se deriven incrementos retributivos a la existencia de informe previo y favorable del Ministerio de Economía y Hacienda».

Por último, la **STSJ de Galicia de 1 de julio de 2011**, J 1376 (recurso 2049/2011), desestimó el recurso de suplicación interpuesto por un trabajador en un supuesto de despido improcedente. El trabajador afirmaba ostentar la condición de trabajador indefinido y no ser ciertas las causas alegadas de fin de obra. El tribunal, si bien consideró que el hecho de que las partes calificasen dicha relación como temporal no obligaba a aceptar sin más la temporalidad de la misma, habida cuenta de que este tipo de contratación solo podía efectuarse en los supuestos legalmente previstos, admitió que las posibles irregularidades que afectasen a la referida contratación, en este caso de personal al servicio de las Administraciones Públicas, no necesariamente determinaban la atribución con carácter indefinido de un contrato de trabajo. Esto es, no bastaba la concurrencia de la simple inobservancia de alguna formalidad del contrato, sino que se precisaba incurrir en un defecto esencial. En este caso, la actividad de la empleadora presentaba autonomía propia y se hallaba determinada por un convenio de colaboración con la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia. Por tanto, finalizado el convenio —decidido por la Xunta— que dio sustento al contrato de trabajo del actor, facultaba a la empleadora para extinguir los contratos vinculados a la actividad encomendada, conforme a derecho, y no constituía despido alguno. Tampoco había sido infringido el artículo 15.5 del ET, ya que la comisión de una irregularidad formal, como es la suscripción de una prórroga, no podía conllevar la extinción del contrato hasta entonces vigente y la suscripción de un nuevo contrato de la misma naturaleza.

B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos.

Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica

En el análisis judicial del despido se seleccionan diversas resoluciones, que analizan la naturaleza jurídica de la relación de trabajo valorando, en su caso, los distintos requisitos necesarios para la existencia de una relación laboral. Así, la **STS de 21 de junio de 2011**, J 1249 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 2355/2010) desestimó el recurso de casación interpuesto por la empresa. La sentencia recurrida había confirmado la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia del despido de la actora, rechazando la excepción de falta de jurisdicción opuesta por la empresa demandada. El fallo fundaba su decisión en que pese al nombre que se le dio al contrato vigente entre las partes, la relación no era de agencia porque no tenía por objeto una actividad de mediación entre los tomadores de seguros y las entidades aseguradoras, sino que el trabajo concertado era con carácter principal el relativo al cobro de recibos, aunque con carácter complementario se desarrollasen otras tareas como aclarar dudas, gestionar incidencias en pólizas vigentes y suscribir otros productos con los mismos clientes. En estos casos no podía jugar la exclu-

sión del ámbito laboral que se deriva de la declaración legal de la relación de agencia de seguros como relación mercantil (art. 10 de la Ley 26/2006).

Por su parte, la **STS de 21 de junio de 2011**, J 1148 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 3428/2010), resolvió conforme a la jurisprudencia anterior que establece que, si bien el contrato de trabajo del extranjero sin la preceptiva autorización está afectado de la sanción de nulidad determinada por la ley, sin embargo, contempla la validez del mismo respecto a los derechos del trabajador afectado. En este sentido, y con apoyo en el art. 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, así como en los artículos 56.1.b) y 53.5 del ET, que establecen la condena del empresario al abono de los salarios de tramitación, señala la Sala:

«el extranjero extracomunitario sin la pertinente autorización, pese a su situación irregular en España, precisamente por la validez y consecuente eficacia de su contrato respecto a los derechos del trabajador que consagra la ley antes transcrita, no puede verse privado de la protección inherente a dicha contratación, es evidente que, en la medida en que tales salarios forman parte de la protección legal, tiene derecho a percibirlos en igualdad de condiciones que cualquier otro trabajador, extranjero o no, que haya sido despedido contrariando nuestra legalidad, sobre todo si tenemos en cuenta la primordial naturaleza indemnizatoria de tales devengos (...).».

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de los despidos disciplinarios por transgresión de la buena fe contractual (**SSTSJ de Madrid de 20 de junio de 2011**, J 1317 [recurso 714/2011]; **de 20 de junio de 2011**, J 1318 [recurso 2677/2011]; **de 24 de junio de 2011**, J 1329 [recurso 1947/2011]). En este sentido, cabe destacar la **STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2011**, J 1173 (recurso 100/2011) en la que el actor, pese a percibir un importante sueldo y ejercer funciones de especial confianza en la empresa, abusó de la confianza depositada y adquirió con cargo a la empresa un ordenador para uso personal que instaló en su domicilio particular, sin el consentimiento o la autorización del empresario, no constando que hubiera reintegrado su importe. Al respecto, la Sala concluye que «tal hecho por sí solo supone una grave y culpable trasgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza con entidad suficiente como para merecer la máxima sanción del despido, atendidas sus circunstancias personales y su antigüedad en la empresa, por lo que la sanción impuesta del despido es adecuada y proporcionada a la falta cometida».

En sentido análogo, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de julio de 2011**, J 1387 (recurso 730/2011), enjuicia la procedencia del despido disciplinario efectuado a un trabajador por apropiación indebida de productos de la empresa. La Sala trae a colación la doctrina jurisprudencial en torno al concepto de buena fe, que consiste en la disposición personal para la realización del contenido propio de las prestaciones voluntarias asumidas.

A tal efecto señala la Sala: «La consecuencia de lo anterior, tal como ha reiterado de manera constante la doctrina judicial en la materia, es que la conducta de engaño u ocultación provocan la quiebra de la confianza, situación que no es susceptible de graduación alguna, porque no es posible esperar de ordinario la recuperación de la confianza perdida.

Por eso mismo se ha dicho que en conductas de apropiación o disposición en beneficio propio o de terceros de bienes o derechos propiedad de la empresa, es indiferente la frecuencia de la conducta, o la cuantía de los bienes afectados».

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 20 de julio de 2011**, J 1395 (recurso 494/2011). En ella se analiza la procedencia de la extinción contractual por causas económicas a la luz de la Ley 35/2010, cuya finalidad es proporcionar seguridad jurídica, es decir, que las empresas en crisis no tengan reparos en acudir al despido objetivo, en lugar de emplear el denominado despido «técnico» o «express», al amparo del art. 56.2 ET, para afrontar los excesos de plantilla por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. La Sala estima que la empresa justificó la «razonabilidad» de la decisión extintiva, es decir, acreditó la existencia de causas objetivas, por las pérdidas económicas de la empresa demandada, al haberse cancelado en septiembre de 2010 su relación contractual existente con Eroski, que era su principal cliente.

Asimismo, la **STSJ de Castilla y León de 13 de julio de 2011**, J 1383 (recurso 411/2011), declaró la procedencia de la extinción de la relación laboral de una trabajadora fija, que no es equiparable a funcionaria de carrera, por parte del Ayuntamiento, el cual exteriorizó determinados servicios debido a «necesidades acreditadas», esto es, por causas organizativas del artículo 51.1 del ET, que justifica la extinción al amparo del artículo 52.c) del mismo texto legal. Además, en este caso, se le dio la posibilidad a la actora de integrarse en la plantilla de la nueva sociedad encargada del servicio, respetando sus derechos, pero ésta se negó.

B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación

Las **SSTSJ de Castilla-La Mancha de 19 de julio de 2011**, J 1390 (recurso 633/2011), y del **País Vasco de 21 de junio de 2011**, J 1375 (recurso 1321/2011), tratan de la denegación de la nulidad del despido por considerar suficiente la comunicación escrita. Al respecto, razona la primera de las Salas:

«No se observa cometida la infracción porque la sentencia, como ya se ha dicho, da por reproducidas en hechos probados los contenidos de diferentes resoluciones y documentos, de los que resulta que la demandante, también interviniente en el expediente de amortización del puesto, conocía los datos concretos en que se apoyaba la demandada para la apreciación de la disminución o descenso urbanístico y para la consideración de no necesidad de la plaza, que eran los informes de las Concejalías ya citadas, habiendo por su parte la actora aportado los suyos propios en orden a la necesidad de su plaza, siendo válida la integración de la comunicación de despido en cuanto a datos concretos por la vía de la remisión a otros

documentos anteriores conocidos por la parte, conocimiento que resulta del contenido de sus alegaciones en tal expediente de amortización».

Por el contrario, la **STS de 19 de septiembre de 2011**, J 1248 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 4056/2010), estimó el recurso interpuesto por el trabajador declarando la nulidad del despido. En este caso, la cuestión debatida versaba sobre la calificación de un despido en cuya comunicación escrita se aludía a una causa genérica del despido objetivo, es decir, de índole organizativa, sin expresar circunstancia alguna especificativa, con simultáneo reconocimiento de la improcedencia del cese y poniendo a disposición del trabajador la indemnización de 45 días por año de servicio. La sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, confirmaba la pronunciada en la instancia, y razonaba que «aun cuando formalmente se aluda a una causa del art. 52.c) ET, “no puede analizarse como extinción de contrato por causas objetivas por la circunstancia de que haga mención a dicho término, y no se enuncie causa alguna del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, pues el despido sin causa, al igual que el verbal o el tácito, conforme a los preceptos citados ha de declararse improcedente y no nulo”». Sin embargo, el Alto tribunal resolvió que la doctrina correcta era la mantenida por la sentencia de contraste, es decir, la nulidad del despido.

Al respecto la Sala argumenta: «El significado de la palabra “causa” en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades de la empresa se refiere normalmente no al tipo genérico de causa de despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla, el cambio en los productos o en los procesos de producción) o a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido (por ejemplo, la crisis económica o las nuevas tecnologías) sino precisamente, como dice repetidamente el art. 51 ET, a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Son estas dificultades o situaciones económicas negativas las que constituyen, en terminología del art. 51 ET [al que, como ya se ha dicho, remite este aspecto de la regulación el art. 52 c) ET sobre el despido objetivo] las “causas motivadoras” (art. 51.3 ET, art. 51.4 ET art. 51.12 ET) que pueden justificar el acto de despido. Por tanto, no es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota».

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de despidos disciplinarios por transgresión de la buena fe contractual. Así, la **STSJ de Madrid de 18 de julio de 2011**, J 1389 (recurso 3191/2011), enjuicia la procedencia del despido de un trabajador (monitor de gimnasio que ocupaba un cargo de confianza) al estimar que se produce transgresión de la buena fe contractual por concurrencia desleal (constituyó una sociedad competitiva), prohibida por el artículo 5.d) en relación con el artículo 21.1 ET. Esto es, se trata de un comportamiento del trabajador que perjudica la posición de la empresa en el mercado, y no media autorización de aquélla para el desarrollo de la actividad concurrente. En estos

supuestos, no es preciso que se acredite un perjuicio real de la empresa, es decir, basta con un perjuicio potencial.

Asimismo, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de julio de 2011**, J 1391 (recurso 598/2011) declaró la procedencia del despido de un trabajador por incumplimiento contractual grave y culpable, pues al omitir las instrucciones impartidas por la empresa de control de las mercancías quizá no había colaborado activamente pero sí había permitido con su conducta negligente la sustracción y venta ilícita de aquéllas.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La **STSJ de Madrid de 8 de julio de 2011**, J 1381 (recurso 1874/2011), desestimó el recurso interpuesto por la empresa contra la sentencia de instancia que falló a favor de la improcedencia del despido disciplinario efectuado a un trabajador en un supuesto de ausencias injustificadas. La Sala argumentó que la existencia de una realidad impeditiva de la comparecencia en el trabajo era sinónimo de inasistencia involuntaria, por lo que no podía ser grave ni culpable. A mayor abundamiento, el retraso en cursar los partes facultativos constituía una infracción de tipo administrativo pero no podía enervar y destruir lo que era realidad constatada. También desestimó el recurso de suplicación de la empresa a favor de la calificación de la improcedencia del despido la **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de julio de 2011**, J 1385 (recurso 700/2011). En este caso, las conductas imputadas al trabajador en la carta de despido no se acreditaron finalmente por la empresa.

B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

La **STS de 3 de octubre de 2011**, J 1366 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 4649/2010) trata de determinar a quién corresponde (empresa o trabajador indefinido, no fijo, al servicio de un ente público empresarial (AENA) ejercitar la opción entre readmisión o indemnización, cuando la decisión extintiva del empresario, anunciada la finalización de un contrato temporal de interinidad, cuyo objeto era la sustitución transitoria de otro trabajador, ha sido jurisdiccionalmente calificada como «despido improcedente» y el Convenio Colectivo de aplicación establece expresamente, que «... en los casos de resolución del contrato de trabajo de un trabajador de Aena por causas de despido, si la jurisdicción social declarase la improcedencia o nulidad de la medida extintiva, la opción entre la readmisión en el mismo puesto de trabajo y la indemnización alternativa corresponderá siempre al trabajador». Ahora bien, deben tenerse en cuenta los motivos de la declaración de improcedencia en el caso concreto.

Al respecto razona la Sala: «Cabe concluir, en fin, en línea con lo que esta misma Sala Cuarta ha sostenido, entre otras, en las sentencias de 25-5-1999 —y las que en ella se citan— (...), que la previsión convencional que mejora la legalidad estatutaria no puede extenderse mas allá del propio pacto, y ya hemos visto que el Convenio en cuestión sólo ha querido transferir la opción a favor de los trabajadores cuando se trata de despidos disciplinarios y éstos hayan sido declarados nulos o improcedentes por la jurisdicción pero no así

cuando la declaración de improcedencia traiga causa de cualquier defecto o irregularidad en los contratos suscritos por la entidad aquí demandada».

b) Salarios de tramitación

La cuestión suscitada en la **STS de 11 de julio de 2011**, J 1347 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 3654/2010), consiste en determinar si para producir la reducción de los salarios de tramitación a los devengados hasta la fecha del depósito (art. 56.2 ET), cuando éste se verifica después de las 48 horas siguientes al despido pero antes de la conciliación, reconocida la improcedencia del despido, le basta al empresario con consignar solamente el importe de la indemnización debida por el despido o si debe incluir además el importe de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta que se constituyó el depósito definitivo.

La Sala señaló a este respecto: «es necesario distinguir el supuesto de eliminación total de los salarios por consignación en el plazo de 48 horas posteriores a la fecha del despido y el supuesto de simple reducción de los mismos por consignación posterior a ese plazo de 48 horas, pero siempre sin sobrepasar la de conciliación judicial (...) En el segundo supuesto, de consignación después de haber transcurrido el plazo de 48 horas desde la efectividad del despido, los salarios de trámite no han quedado eliminados totalmente sino que siguen devengándose hasta la fecha de la consignación judicial. Siendo esto así, es indudable que los salarios de trámite devengados constituyen parte de la deuda derivada del despido improcedente, un coste adicional a la indemnización propiamente dicha, y por tanto su importe debe ser objeto de consignación juntamente con aquélla. La duda, que había surgido al no mencionarse en el art. 56.2 como objeto del ofrecimiento y consignación más que la indemnización por el despido, sin referencia alguna a los salarios de trámite, ha quedado despejada por la jurisprudencia, al considerar comprendidos dichos salarios en la deuda que por ley lleva aparejada la declaración de improcedencia del despido».

Por su parte, la **STS de 30 de junio de 2011**, J 1274 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 4336/2010), desestimó el recurso formulado por el trabajador, con lo que a efectos de limitar los salarios de tramitación era válido el depósito por la empresa de la indemnización correspondiente al despido, cuya improcedencia reconocía, en el Juzgado de la localidad en la que la empresa tenía su domicilio social.

La argumentación jurídica fue la siguiente: «Ante la disyuntiva de tener por válido el depósito realizado ante el juzgado de lo social del lugar en que tiene su domicilio la empresa, o dar validez sólo al efectuado ante el juzgado que va a ser luego el competente para conocer de la demanda de despido porque el trabajador decide interponerla ante él, parece evidente que la alternativa lógica es la primera. Pues el art. 10.1 LPL establece dos fueros alternativos para conocer de las demandas de despido, a elección del demandante (el lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado) y por ello el depósito efectuado en cualquiera de esos dos lugares, debe tener la eficacia que le otorga el art. 56.2 ET.

Lo contrario sería tanto como dejar al arbitrio del trabajador la validez limitadora del depósito, pues le bastaría con interponer la demanda en el lugar del domicilio de la empresa demandada, para negar validez al depósito efectuado en el de la prestación de servicios, o viceversa».

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La **STSJ de Cataluña de 20 de junio de 2011, J 1314** (recurso 616/2011), estima el recurso de suplicación, y revoca la sentencia de instancia que declaró ajustada a derecho la rescisión del contrato de trabajo suscrito por las partes, por no superación del período de prueba en el supuesto de una trabajadora embarazada. Por tanto, se aprecia discriminación y el despido de la trabajadora fue declarado nulo.

El razonamiento jurídico de la Sala fue el siguiente: «se dispensan dos grados de tutela por razón del embarazo:

— Una objetiva y automática que constituye una acción positiva (art. 55.5 b) ET y art. 11.1 LO 3/07) basada en el embarazo mismo, con independencia de su conocimiento por el empresario (art. 55.5 b) ET y SSTC 124/09 y 92/08) y que opera durante toda la relación laboral, incluido el período de prueba (Vid. STSJ Andalucía, Sevilla, núm. 2795/2010 de 19 octubre).

En este caso, basta la prueba del embarazo por la trabajadora, debiendo entonces probar el empresario una causa objetiva y razonable para el desistimiento, prueba que de producirse comportará declaración de procedencia o de licitud del desistimiento, en caso contrario, la nulidad será la consecuencia.

— Otra antidiscriminatoria, consagrada en el art. 55.5 primer párrafo del ET, art. 8 LO 1/03 y art. 14 CE: que requiere la existencia de un acto de discriminación por razón de sexo perpetrado por el empresario y que también opera durante toda la relación laboral, incluido el período de prueba. En este caso, la trabajadora ha de aportar indicios suficientes de discriminación que su despido o cese se debe a la discriminación por embarazo, mientras que sobre la demandada recae la carga de probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad (art. 13 LO 3/07).

En este caso, además de la nulidad del despido o cese, la discriminación puede originar una indemnización (arts. 181 y 182 LPL, en la redacción dada por la DA 13.^a de la LO 3/07).

(...) Pues bien, a la luz de la doctrina expuesta, en el caso de autos, existen unos indicios evidentes de discriminación por embarazo, consistentes en:

— Falta de prueba de incumplimientos contractuales de la trabajadora o de realización inadecuada de sus funciones de control de calidad o de cualquier otra circunstancia que justifique su cese.

— Embarazo de la trabajadora.

— Coincidencia del despido con la primera visita que tenía programada con la comadrona, el 16 de marzo de 2010 lo que es indicio inequívoco del conocimiento del embarazo por la empresa.

Todo ello, unido a que la demandada no ha logrado la prueba de que el despido tiene causas reales absolutamente extrañas a la discriminación por sexo, así como que aquéllas

tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, mantienen la virtualidad probatoria de dichos indicios y queda acreditada la existencia de discriminación por razón de sexo».

Por el contrario, la **STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2011, J 1195** (recurso 276/2011), sostiene frente a la recurrente la improcedencia, que no nulidad, del despido, en cuanto que la extinción no se ha producido como consecuencia inmediata de la actividad sindical desarrollada, tendente a la promoción de elecciones sindicales como mecanismo para hacer frente a problemas que estaban teniendo lugar en la empresa. En este caso, la actora fue despedida con anterioridad a la presentación de su candidatura en el proceso electoral, pero a la empresa no le constaba el pago de la cuota sindical, ni que estuviera afiliada a un sindicato, ni conocía la intención de la actora de presentarse a las elecciones sindicales. Por todo ello, la empresa y posteriormente la juzgadora consideran que la actora no aportó indicios que permitieran presumir que su despido obedecía a su actividad sindical.

M.^a CARMEN ORTIZ LALLANA
BEGOÑA SESMA BASTIDA
INMACULADA BAVIERA PUIG

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. LIBERTAD SINDICAL.

A) **Contenido y alcance.**

- a) Garantías de los delegados sindicales.
- b) Ejecución de sentencias provisionales.

B) **Tutela.**

- a) Frente al despido.

C) **Negociación colectiva.**

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA.

A) **Contenido.**

- a) Alcance de la prioridad de permanencia de los delegados de personal y fraude de ley.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS.

A) **La impugnación de una de las cláusulas del Convenio Colectivo por ser contraria a la ley debe canalizarse a través de la modalidad procesal de impugnación de convenio y no de conflicto colectivo.**

4. HUELGA.

A) **Delito de desobediencia de trabajadora miembro del Comité de Huelga. Interpretación y aplicación judicial del tipo penal contraria al ejercicio del derecho fundamental de huelga.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9, 10 y 11 de la *Revista de Información Laboral*.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido y alcance

a) *Garantías de los delegados sindicales*

Los derechos específicos que otorga el art. 10.3 de la LOLS sólo existen cuando se dan todos los requisitos previstos en el apartado precedente del mismo precepto, de tal modo que si el centro de trabajo no alcanza el número de trabajadores necesarios, ya sean los 250 previstos en el apartado primero o el número menor fijado en convenio, como es el caso de la **STSJ de Madrid de 21 de julio de 2011, IL J 1399/2011**, en la que se analiza el caso en que por negociación colectiva se redujo el umbral a 110 trabajadores. Así en la citada resolución se concluye que aun cuando este límite se haya superado en el pasado, no existe vulneración de la libertad sindical por la no aplicación de las garantías de aquel precepto a los representantes de la sección sindical.

Por otra parte, aun cuando no se satisfagan todos los requisitos del art. 10.2 LOLS para el reconocimiento de las garantías específicas que se reconocen a los delegados sindicales, ello no implica que los trabajadores que sean designados por la sección sindical correspondiente carezcan de toda protección. Ello trae causa del hecho de que dichas secciones necesitan de la designación de alguna persona para actuar, y la falta de tutela a este supondría privar de capacidad de actuar a las propias secciones sindicales. Esta argumentación, ya recogida anteriormente tanto por la jurisprudencia constitucional (STC 173/1992, de 29 de octubre) como en la de la sala cuarta del Tribunal Supremo (STS de 26 de junio de 2008), permite a la **STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2011, IL J 1172/2011**, reconocer el derecho del delegado de la sección sindical (al que se le han dado diversas denominaciones para distinguirlo del delegado del art. 10 de la LOLS: portavoces, delegados internos, delegados privados, delegados sindicales al margen de la ley, etc.) a acceder a los centros de trabajo para informar a los trabajadores reunidos en asamblea o supervisar el grado de seguimiento de una huelga.

b) *Ejecución de sentencias provisionales*

El alcance de la libertad sindical no se ve limitado por la situación de provisionalidad de la ejecución de una sentencia suspendida; así, aun cuando tras la declaración de nulidad del despido la empresa opte por abonar los salarios sin contraprestación de servicios por parte de los trabajadores, estos podrán ejercer íntegramente sus derechos derivados de la mencionada libertad sindical, incluso la entrada en el local que se halle dentro de las instalaciones de la empresa, tal y como recoge la **STSJ de Cataluña de 16 de junio de 2011, IL J 1227/2011**. La justificación de esta tutela es clara: teniendo la sentencia condenatoria en un proceso de despido carácter constitutivo (incluso en situaciones como la analizada en la que la decisión extintiva se calificó como nula) y siendo absoluta la vinculación para el empresario de lo determinado en la sentencia condenatoria durante su provisionalidad (STC 104/1994, de 11 de abril), no cabe más interpretación posible que la de mantener todos los derechos del trabajador-representante durante dicha situación de pendencia. Por ello, el representante de los trabajadores cuyo despido haya sido calificado como nulo podrá ejercer normalmente sus funciones, sin que quepa oponer a ello la decisión empresarial

de optar por el abono de la remuneración sin efectiva prestación de servicios durante el tiempo que la sentencia requiera para alcanzar su firmeza o ser eventualmente revocada en los recursos correspondientes.

B) Tutela

a) Frente al despido

La defensa de la libertad Sindical, como el resto de Derechos Fundamentales que puedan vulnerarse en el seno de la relación laboral, requiere no sólo la mera alegación por parte del trabajador de la existencia de una conducta lesiva, sino que es precisa la aportación de indicios que racionalmente permitan deducir que la lesión se ha producido. Así, en un caso de despido improcedente, las **STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2011**, IL J 1195/2011, estima que, aunque conforme a la doctrina del TS no es preciso que el trabajador haya adquirido la condición de representante, sí que es necesario que la candidatura haya sido formalmente presentada o al menos, estando el proceso electoral iniciado, la empresa tenga conocimiento de la condición de candidato del despedido y luego electo. Por ello, si la candidatura se presenta con posterioridad al despido y la empresa justifica que no conocía la condición de candidato del posteriormente elegido como representante, en caso de que aquel sea calificado como improcedente el empresario conserva su facultad de elección entre la indemnización y la readmisión.

De la misma forma, aun cuando por la mayor proporción de trabajadores afiliados a una determinada organización sindical existan indicios de discriminación en decisiones de despido en el marco de un ERE, es preciso que cada uno de los trabajadores despedidos justifique, para defender la nulidad, el conocimiento por la empresa de su condición de afiliado; por esta razón, admite y deniega, según los casos, la tutela la **STSJ de Cataluña de 5 de mayo**, IL J 1167/2011.

C) Negociación colectiva

En la aplicación del RD-L 8/2011 (y la reducción salarial afectando a los convenios colectivos vigentes), se mantiene la doctrina de la STC 23/1993, de 23 de enero, entendiendo tanto la suficiencia de la situación para considerarla de extrema y urgente necesidad (art. 86.1 CE) como la no afectación en el sentido constitucional del término de los derechos a la negociación colectiva o la libertad sindical (**SAN de 21 de julio**, IL J 1374/2011). En sentido contrario, sí que supone una vulneración de la libertad sindical en su vertiente del derecho a la participación en la negociación colectiva el impedimento a un determinado sindicato para que tome parte de una comisión negociadora prevista en un Convenio Colectivo con capacidad para alcanzar acuerdos que vayan más allá de la mera aplicación e interpretación de aquel, con independencia de que el sindicato en cuestión haya formado o no parte del Convenio de origen, siempre que por audiencia electoral tenga legitimación suficiente (**STS de 27 de septiembre de 2011**, IL J 1361/2011).

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Contenido

a) *Alcance de la prioridad de permanencia de los delegados de personal y fraude de ley*

Entre las garantías con que cuentan la representación unitaria de los trabajadores para el ejercicio de las funciones que legal y estatutariamente tienen atribuidas se encuentra la de prioridad de permanencia en la empresa. Ésta se prevé en dos supuestos.

En el caso de extinción de la relación laboral, para lo que el Estatuto establece toda una serie de medidas dirigidas a este fin: el artículo 68.b) del Estatuto de los Trabajadores establece como garantía de los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, la prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas; en el mismo sentido, el artículo 51.7 dispone que los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo, esto es, en los supuestos de despido colectivo; y, por último, conforme al artículo 52.c) también la tendrán cuando se produzca la extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas.

Por otra parte, fuera del ámbito de la extinción, el artículo 40.5 ET señala que los representantes de los trabajadores tienen prioridad de permanencia en los casos de movilidad geográfica. En ambos, se trata de evitar que estas figuras sean utilizadas como una forma de represalia contra los representantes de los trabajadores.

Pero, ¿qué ocurriría si su uso combinado de estas reglas estuviera destinado a evitar esta finalidad prevista en la ley a que hemos hecho referencia?

A esta cuestión responde la **STSJ de Castilla y León de 4 de abril de 2011**, IL J 1339. El caso es el de un delegado sindical despedido por causas objetivas como consecuencia del cierre de la empresa por su mala evolución económica. Previamente al despido, dos de sus compañeros fueron trasladados a otro centro de trabajo. El problema jurídico que se plantea es si el despido se realizó en fraude de ley al proponer la empresa el traslado a esos dos trabajadores, unos días antes del cierre del centro de trabajo, con el ánimo de poder despedir al delegado de personal al no existir ningún otro puesto de trabajo en el que poder permanecer.

Pues bien, aunque la sentencia reconoce que existe una equivalencia entre las funciones prestadas por el delegado de personal y sus compañeros trasladados al otro centro de trabajo, pues la regla opera no solo cuando concurren trabajadores de la misma categoría o grupo profesional sino que también se produce cuando los puestos que subsisten son equivalentes, lo cierto es que tiene que ceder ante el hecho mismo de la representación y el ámbito en el que ésta se ejerce.

En efecto, trayendo a colación la STS de 30 de noviembre de 2005 (R.º 1439/2004), la sala recuerda que el derecho de prioridad de permanencia del delegado de personal se limita al centro de trabajo en el que presta servicios, no a los otros que mantiene la empresa, salvo que concurren móviles discriminatorios o fraude de ley. Dicho de otra forma, esta garantía no es de carácter absoluto, sino que tiene naturaleza relativa pues «la misma no

puede actuar cuando desaparecen todos los puestos de trabajo, pues entonces no hay una alternativa de selección».

Así pues, puesto que la garantía del delegado de personal únicamente es aplicable respecto del ámbito para el que fue elegido, sólo restaría por analizar si en el hecho del traslado de sus compañeros existía un ánimo defraudatorio. Pues bien, la Sala considera que no existe tal ánimo en el traslado de los otros compañeros pues el delegado «no tenía ningún derecho preferente frente a otros compañeros a ser trasladado a otro centro de trabajo de la empresa, pudiendo hacer ésta uso de su capacidad de movilidad geográfica respecto de los empleados que considere más adecuados para realizar otras tareas en el centro de trabajo de Oviedo».

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) La impugnación de una de las cláusulas del Convenio Colectivo por ser contraria a la ley debe canalizarse a través de la modalidad procesal de impugnación de convenio y no de conflicto colectivo

Se solicita vía proceso especial de conflicto colectivo que se aplique una cláusula prevista en el Convenio Colectivo de forma que se cumpla lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores respecto del descanso semanal. En concreto, se pide por el sindicato que el descanso semanal —que debe ser de treinta y seis horas (equivalente horario al día y medio que establece el artículo 37.1 del ET, norma mínima de carácter imperativo)— no se solape con las doce horas de descanso mínimo entre jornadas que impone, también con carácter de norma mínima imperativa, el artículo 34.3, párrafo primero, del ET. Ello, en términos prácticos, significa que, al sumar esos dos descansos, el trabajador deberá disfrutar, tras la última jornada diaria trabajada en una semana, cuarenta y ocho horas seguidas: doce correspondientes al descanso diario correspondiente a esa última jornada diaria trabajada más treinta y seis por el descanso semanal. Pues bien, dado que el artículo 43.1 del Convenio Colectivo de la empresa establece para el denominado «grupo profesional de Ventas» una jornada de trabajo de «seis días a la semana, de forma continuada o partida, en función del puesto concreto de trabajo desempeñado», eso es imposible si el trabajador tiene derecho a descansar cuarenta y ocho horas seguidas cada semana, pues es evidente que, al respetar ese descanso, solamente quedan cinco días a la semana para trabajar.

La STS de 22 de septiembre de 2011, IL J 1362/2011, aclara que la pretensión solicitada por el sindicato implica la impugnación de dicho artículo 43.1, que dice que «la jornada de trabajo será de seis días a la semana». Por lo que el procedimiento adecuado sería la impugnación de Convenio Colectivo y no el proceso de conflicto colectivo. Ese sería el procedimiento adecuado y, en dicho marco procesal, se podría discutir si es correcta o no la hipótesis de partida: que el descanso semanal de día y medio equivale a 36 horas y que a éstas hay que adicionarle las 12 horas del descanso diario, lo que totaliza 48 horas.

4. HUELGA

A) Delito de desobediencia de trabajadora miembro del Comité de Huelga. Interpretación y aplicación judicial del tipo penal contraria al ejercicio del derecho fundamental de huelga

La **STC 104/2011, de 20 de junio**, IL J 1254/2011, analiza y resuelve la posible vulneración del derecho de legalidad penal en relación con los derechos de libertad sindical y huelga (arts. 25.1 y 28.1 y 2 CE). El fallo judicial ha sido bastante polémico, hasta el punto de que se han producido dos Votos Particulares que han discrepado de la solución aportada por el Tribunal Constitucional.

Los hechos del supuesto se producen durante una huelga convocada por uno de los sindicatos mayoritarios. El sindicato promovió huelga legal de los trabajadores de la delegación de asuntos sociales del Ayuntamiento de Tomares (Sevilla), a finales de mayo de 2002. El día inicial de la convocatoria se encontraban concentrados en la puerta del edificio de la delegación un número indeterminado de personas, entre ellos la acusada, trabajadora municipal, y el acusado, secretario de acción sindical del sindicato, ambos miembros del comité de huelga, que taponaban el acceso a las dependencias. Los miembros de la Policía local, informados de la situación por trabajadores no huelguistas, intentaron abrir un pasillo entre los reunidos, cosa que no consiguieron, por cuanto, en inferioridad numérica y sin querer recurrir al empleo de medios violentos, fueron empujados y zarandeados en el intento, a la vista de lo cual los empleados que pretendían comenzar su jornada laboral desistieron de su intención de acceder a la sede municipal. Sobre las 12:10 horas llegaron a la puerta de la delegación dos ciudadanos que tenían cita concertada con una funcionaria que secundaba la huelga, encontrándose con una pancarta que tapaba el acceso de entrada al edificio. Comentaron la situación a dos agentes de la Policía local que había en el lugar, quienes, conocedores de que el concejal de asuntos sociales del Ayuntamiento estaba en el interior de las dependencias municipales, solicitaron a las personas allí reunidas que permitiesen el acceso a los ciudadanos y, ante su negativa, procedieron a despejar el acceso. Una vez en el interior el matrimonio y los agentes, se introdujeron tras ellos los acusados, adelantándose uno de ellos que, al llegar a la altura de uno de los policías, cuando subían las escaleras que conducían hacia la planta superior donde se encontraba el concejal, le propinó un empujón, desequilibrándolo, al tiempo que le decía «quítate de en medio guardia de mierda»; que la entrevista no pudo llevarse a cabo, pues se introdujeron en el despacho del concejal los acusados, pese a la indicación de aquél y de los agentes de policía para que lo abandonasen y permitieran el encuentro con la debida privacidad, a lo que reiteradamente se negaron durante un período de tiempo no concretado pero que pudo prolongarse unos diez minutos, hasta que la indisposición de la señora y la actitud de los huelguistas provocaron que terminara el encuentro. Cuando uno de los agentes de la Policía local comunicó a uno de los acusados que pensaba denunciarlo por lo ocurrido, éste le respondió que cuando saliese de servicio iba a tener con él «unas palabritas y algo más».

Asimismo, uno de los días de huelga acudió a la sede de la delegación de asuntos sociales una trabajadora que no secundaba la huelga, momento en el que uno de los empleados que se había sumado a la convocatoria le entregó un documento de solidaridad con las reivindicaciones de los huelguistas, mientras el acusado, en tono imperativo, le

decía: «lo lees y lo firmas»; cosa que contrarió a la trabajadora, que se opuso a lo que se le requería; que ante tal respuesta el acusado profirió contra ella una serie de expresiones que motivaron su condena por injurias (que no es objeto de las pretensiones de amparo); y que ese mismo día trabajadores de los servicios de bienestar social y cultura suscribieron un documento en el que solicitaban poder desempeñar su trabajo en sede distinta, por las constantes presiones, agresiones verbales, insultos e impedimentos para acceder y circular libremente por el centro de trabajo por parte del sindicato, Comité de huelga y los propios compañeros huelguistas.

La Sentencia de instancia condenó a uno de los trabajadores como autor responsable de un delito de atentado y una falta de injurias, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el delito de atentado, y a diez días de multa con cuota diaria de seis euros que llevará la responsabilidad personal subsidiaria caso de impago por insolvencia por la falta de injurias, así como al pago de las dos quintas partes de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular. Y a la trabajadora por un delito de desobediencia, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de una quinta parte de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular.

El Tribunal Constitucional examina si la actuación de la trabajadora se encontraba conectada con el ejercicio del derecho de huelga. Se trata de saber si tiene amparo en el art. 28.2 CE que la trabajadora miembro del comité de huelga entrase en el despacho del concejal y se resistiese, durante diez minutos aproximadamente, a lo que consideraba una indebida (ilegítima, a su juicio) sustitución de funciones, que tenía lugar en pleno desarrollo de la medida de conflicto, y que resultó sorpresiva e inesperada para quienes legítimamente presumían que la función desempeñada en el ámbito de los servicios sociales por el Ayuntamiento no tendría cobertura durante la huelga, tras haber secundado la convocatoria los titulares del servicio.

Sobre esas bases, y encuadrada la conducta de la trabajadora en aquel contexto de conflicto, del contenido objetivo de sus actos, el Tribunal Constitucional señala que se desprende que no existió actuación ajena o desvinculada de la función representativa que ejercía. En efecto explicitar un conflicto en el desarrollo de la huelga sobre la procedencia o regularidad de la acción del concejal no puede concebirse como un acto ajeno al ejercicio del derecho, por estar conectado de forma patente con el desarrollo de la medida colectiva y con la función representativa desempeñada por la demandante de amparo. El contexto huelguístico, los hechos acaecidos y la función de la recurrente en esa concreta huelga, obligaban así a encuadrar la desobediencia en el marco objetivo del derecho fundamental. En atención a lo expuesto, concluye el Tribunal Constitucional que la conexión de la conducta de la trabajadora con el ejercicio del derecho fundamental de huelga determina que la imposición de una sanción penal a la misma constituya una reacción desproporcionada, vulneradora del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por su efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de aquel derecho fundamental (art. 28.2 CE).

Concluye el Tribunal Constitucional que de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional «no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sanciona-

doras que se sustentan en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios». Pues bien, en la medida en que los órganos judiciales realizaron una interpretación y aplicación del tipo penal de desobediencia que —aun siendo posible de conformidad con el tenor literal del precepto— no toma en consideración que el tipo penal no podía interpretarse y aplicarse de forma contraria al ejercicio del derecho fundamental a la huelga con el que la conducta que se sanciona estaba inequívocamente vinculada, tal interpretación resulta constitucionalmente rechazable por ser imprevisible para el destinatario. De acuerdo con lo hasta aquí razonado, se otorga el amparo parcial solicitado por la trabajadora, por vulneración del derecho a la legalidad penal, en su relación con el derecho de huelga (arts. 25.1 y 28.2 CE).

La argumentación de la Sentencia del Tribunal Constitucional ha suscitado debate en el seno del Tribunal Constitucional discrepando algunos Magistrados del fallo. En concreto, destacamos el Voto Particular del Magistrado Pérez de los Cobos, quien señala que la trabajadora ejercitó la huelga mas no su derecho de huelga, esto es, la conducta de la trabajadora no tiene amparo en el ejercicio de huelga tal y como se configura éste, por lo que la Sentencia debería haberse centrado en analizar si se conculcó o no el principio de legalidad penal que, por otra parte, entiende correctamente aplicado.

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. CUESTIONES GENERALES.
 2. DEBER DE NEGOCIAR.
 3. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. POR LAS COMISIONES PARITARIAS.
-

Las sentencias reseñadas aparecen referenciadas en la parte de jurisprudencia de los números 9, 10 y 11 de la *Revista de Información Laboral*, 2011, de Lex Nova, y reproducidas en *lexnovaonline*, donde puede consultarse su texto íntegro.

1. CONTENIDO «NORMATIVO» DEL CONVENIO COLECTIVO.
CUESTIONES GENERALES

Cláusulas de revisión salarial. IPC real inferior al IPC previsto por el Gobierno y que el propio convenio colectivo toma como referencia para la determinación del incremento salarial correspondiente a cada uno de sus años de vigencia. La falta de una declaración formal sobre cuál es la previsión del Gobierno sobre el IPC no impide equiparar tal previsión a la que se deduce de las Leyes de presupuestos generales del Estado en relación con la revalorización de las pensiones públicas. El hecho de que el IPC real resulte finalmente inferior al previsto, tomado como referencia en el convenio, no autoriza a la empresa a fijar el incremento salarial atendiendo al primero. Tiene ocasión de recordarlo, una vez más, en casación para la unificación de doctrina, la **STS de 12 de julio de 2011** (IL J 1284/2011), con resumen de la doctrina de la Sala sobre el asunto:

«La cuestión debatida ha de ser resuelta en sentido opuesto a como lo hace la sentencia recurrida, que se aparta de la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo, no sólo en la sentencia que se aporta como referencial, sino en otras posteriores, en las que hemos reiterado el mismo criterio (...).

En ellas hemos partido de la siguiente doctrina, que aquí conviene reiterar:

“a) La solución al debate ha de pasar por la interpretación de cuál ha sido la voluntad de las partes a la hora de determinar el incremento salarial. En este sentido, hemos indicado que ‘en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes cuyo criterio —por objetivo— ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual’ (STS de 8 de noviembre de 2006 —rec. 135/2005—, entre otras).

b) El concepto de IPC previsto (...) ha de equipararse al parámetro utilizado en la Ley 2/2008, de presupuestos generales del Estado para 2009, en donde, si bien no hay declaración formal —la previsión del Gobierno sobre incremento anual del IPC no se produce desde la Ley 23/2001 de presupuestos generales del Estado para 2002—, se pone en evidencia una previsión en relación a la revalorización de pensiones públicas.

c) A tenor del art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, incluso en situación de crisis económica generalizada, el precepto convencional obliga a la empresa a su cumplimiento mientras mantenga su vigencia, salvo que alcance un acuerdo expreso con los representantes de los trabajadores. De ahí que en la STS de 18 de febrero de 2010 —rec. 87/2009— afirmáramos que ni siquiera un hipotético pacto de remisión a la baja a efectuar a finales del 2009 ‘exoneraría de cumplir, al comienzo de ese año lo establecido en el convenio’.

Además, ‘la Sala ha entendido con carácter general que la expuesta doctrina proporciona más seguridad jurídica a las partes y mayor uniformidad en la interpretación de este tipo de cláusulas convencionales que el criterio aplicado, en su día, en la STS/IV 8-febrero-1995 (rec. 3738/1993)’ (TS 17-6-2010, rec. 97/09)».

Materias. Diferencias entre el contenido normativo y el obligatorio. Forma parte del contenido normativo la cláusula del convenio colectivo en la cual la empresa se compromete a dotar económicamente, en cuantía a negociar con la representación de los trabajadores, un fondo de acción social para el personal. La expresada naturaleza conlleva que la cláusula en cuestión se haya de considerar comprendida entre las sometidas a ultraactividad, al no mediar previsión del convenio excluyendo ésta. Así, **STS de 28 de septiembre de 2011** (IL J 1396/2011), con cita de algunas de las más significativas decisiones donde la Sala ha tenido oportunidad de proporcionar pautas para la identificación de las cláusulas integrantes de uno y otro tipo de contenido del convenio:

«2. Dado el planteamiento del motivo, la cuestión controvertida se centra en determinar si el señalado artículo 59 del convenio colectivo para el personal laboral de Administración del Principado de Asturias tiene carácter normativo —en cuyo caso gozará del efecto de ultraactividad—, o es de naturaleza obligacional y ha dejado de tener efecto, al haber finalizado el convenio el período de vigencia pactado.

3. Aun cuando la distinción entre cláusulas normativas y obligacionales de un convenio colectivo nunca ha resultado fácil ni pacífica, ni en la doctrina científica ni en la judicial, la jurisprudencia de esta Sala ha venido perfilando la distinción formulando criterios objetivos de distinción. En este sentido, la sentencia de 26 de abril de 2007 (rec. 84/2006), que oportuna y acertadamente cita la sentencia recurrida, resume la doctrina de esta Sala, recordando que:

“(…) la opinión dominante —seguimos la STS 21/12/94, en recurso 2734/93— entiende que mientras el contenido obligacional está integrado por los compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí, mediante las que se contribuye a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas, como pueden ser las cláusulas de paz [art. 82.2 ET], los compromisos tendentes a evitar y solucionar situaciones conflictivas y a facilitar la aplicación del convenio mediante la creación de órganos o comisiones *ad hoc*, el contenido normativo está integrado por los pactos generales de carácter formal que lo configuran como norma jurídica [el contenido mínimo o necesario previsto en el art. 85.2 ET], y por los pactos particulares reguladores de las condiciones de trabajo [materias incluidas en el art. 85.1 ET], tanto en su aspecto individual como colectivo. Doctrina que reitera la Sala cuando afirma que la materia normativa comprende las normas de relación que tienen por objeto definir las condiciones de trabajo, la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivos y las reglas que definen los ámbitos del convenio [STS 16/06/98 —recurso 4159/97—], pero también las ‘normas que definen estructuras estables para la gestión de las acciones previstas en el convenio’ [STS 20/12/95 —recurso 3837/94—] (SSTS 01/12/03 —recurso 138/02— y 11/12/03 —recurso 55/03—); y también cuando sostiene que es conforme a la doctrina científica más autorizada mantener que la parte normativa del convenio pretende básicamente regular las singulares relaciones laborales incluidas en su ámbito, fijando las llamadas ‘condiciones de trabajo’ [condiciones relativas al régimen de trabajo: duración de los contratos, jornada, vacaciones, seguridad y salud laborales, faltas y sanciones (...); a la carrera del trabajador: ingresos, ascensos, trabajos de distinta categoría, excedencias (...); y al régimen salarial], pero que también se extiende a la regulación de aspectos ‘colectivos’ [cobro de cuotas sindicales, canon de negociación sindical, fondos sociales] (STS 29/04/03 —recurso 126/02—)”.

4. Si el controvertido precepto convencional (...) bajo el título de “ayudas por estudios” dispone que: “El Principado de Asturias reservará fondos para acción social dirigida a sus empleados y empleadas, cuya cuantía será negociada con la representación sindical con carácter general para todo el personal y dentro de los programas de formación y perfeccionamiento profesional, ayudas para estudios del personal y ayudas para estudios de hijos y/o hijas del personal y de rehabilitación de hijos y/o hijas con minusvalías.

Las bases de su concesión, que serán negociadas en la correspondiente mesa de seguimiento, serán comunes para todo el personal del Principado de Asturias y de los organismos públicos integrados en este convenio y conformes con la normativa vigente en cada momento.

La Administración se compromete a negociar, con la entidad de crédito que sea más conveniente a los intereses del personal la consecución de préstamos en condiciones favorables de interés”; no parece haber duda, en aplicación de la trascrita doctrina de la Sala, del carácter normativo del precepto. Más recientemente, y en concreto, en la sentencia de 2 de julio de 2009 (recurso 44/2008), hemos vuelto a recordar dicha doctrina, insistiendo en el carácter normativo de la cláusula de un convenio colectivo, que con redactado similar al aquí cuestionado crea un fondo de “acción social”, lo dota y crea una comisión para gestionarlo. De ahí, y en virtud de lo expuesto, que el motivo deba ser rechazado».

2. DEBER DE NEGOCIAR

Aunque la parte que recibe la propuesta de apertura de la negociación queda vinculada legalmente por un deber de negociar o, si se prefiere, a manifestar su disposición a la aper-

tura de las negociaciones, tal deber no es absoluto y cuenta con ciertas excepciones que contempla el párrafo segundo del propio art. 89.1 ET, que dispone que «la parte receptora de la comunicación sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido». Legitima la oposición a la propuesta de negociación con arreglo a dicho precepto y, por lo tanto, no infringe el deber de negociar, el hecho de que tal propuesta se produzca una vez iniciadas las negociaciones tendentes a concluir otro convenio estatutario que ya incluya a los integrantes de la unidad de negociación sobre la que aparezca construida aquélla. Se pronuncia en la forma indicada la **SAN de 28 de septiembre de 2011** (IL J 1257/2011, procedimiento 117/2001), con criterio coincidente con el establecido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 14 de diciembre de 2010:

«Probado que CCOO y ALE, quienes ostentan la legitimidad inicial, plena y decisoria, exigida por los arts. 87, 88 y 89 ET, para negociar el convenio de empresa, que era su ámbito tradicional, probándose, asimismo, que ambos sindicatos solicitaron que se iniciara la negociación en dicho ámbito con anterioridad a que los demandantes solicitaran que se negociara en ámbito distinto, habiéndose demostrado finalmente que la empresa demandada accedió a la solicitud de CCOO y ALE el 14 enero 2011, convocando a dichas secciones sindicales, al igual que a las secciones sindicales de ELA-STV, LAB y ASPEM, para constituir la mesa negociadora el 20 enero 2011, debe concluirse que no se ha vulnerado, de ningún modo, el derecho a la libertad sindical de los sindicatos demandantes en su vertiente funcional de negociación colectiva, porque BBK ya había comenzado el proceso negociador en el ámbito tradicional, cuando fue requerida por los demandantes para negociar en otro ámbito, de manera que la exclusión de los demandantes de dicho proceso negociador no ha sido impuesta por ninguno de los demandados, sino que está causada en el propio cálculo e interés de los demandantes, quienes se autoexcluyeron voluntariamente de la negociación, lo que obliga a desestimar íntegramente la demanda.

Dicha conclusión no podría enervarse (...) aunque se hubiera tenido por probado (...) que la representación social de la comisión negociadora de los convenios precedentes se conformó en función del número de votos y no por el número de representantes unitarios electos, puesto que dicha composición choca frontalmente con lo mandado por los arts. 87.1 ET y 88.1 ET, donde se establece precisamente que la comisión negociadora debe conformarse en función del número de representantes electos, no pudiendo validarse dicha práctica, puesto que ambos preceptos son imperativos y deben respetarse en sus propios términos por razones de orden público, a tenor con lo dispuesto en el art. 9.3 CE y art. 3.1.a) ET.

Del mismo modo, sería irrelevante si se hubiera tenido por probado, que algunos de los representantes electos de CCOO y ALE perdieron dicha condición, como consecuencia de la impugnación de los procesos electorales, en los que fueron elegidos, ya que dicha circunstancia afectará, en su caso, a la validez de la composición de la comisión negociadora, pero no supone lesión alguna al deber de negociar de los demandados, quienes han cumplido escrupulosamente con el mandato legal».

3. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO.
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 hecho de que el convenio excluya que puedan formar parte de las comisiones contempladas los sindicatos o las tendencias o representaciones sindicales no firmantes. De no suponer las funciones atribuidas el ejercicio de facultades negociadoras, carece del derecho a formar parte de la comisión el sindicato o el grupo de representantes unitarios de una determinada tendencia que no hubiese firmado el correspondiente convenio colectivo. En este sentido, **SAN de 28 de septiembre de 2011** (IL J 1256/2011, procedimiento 156/2011):

«El sindicato demandante (...) postula que se reconozca su derecho a formar parte de comisiones emanadas de un convenio colectivo, que se ha negado a firmar.

En este caso concreto, interesa se declare su derecho a estar en la comisión de empleo (...).

Ninguna de sus pretensiones puede ser acogida favorablemente pues el convenio colectivo (...) dispone en su disposición adicional cuarta que las comisiones a que se refiere tendrán una composición paritaria que saldría de entre las partes firmantes del convenio (...).

La misma norma pactada dispone que estas comisiones tendrán como objeto el análisis y la elaboración de propuestas sobre sus temas de competencia que, de alcanzar acuerdos suficientes, se formalizarán como modificaciones del convenio, con plena eficacia normativa. En relación con este tema, declaró esta Sala en sentencia de 26 de junio de 2009 lo siguiente: “el restringir a los firmantes de un acuerdo el acceso a las comisiones aplicadoras del mismo no supone merma de los derechos de libertad sindical reconocidos en el art. 28 de la Constitución ni vulnera el art. 37.1 de la norma suprema (STS de 14-11-2006)”.

La comisión de empleo no se atribuye en este caso una facultad negociadora propiamente dicha pues todo ha sido ya negociado, y lo que lleva a cabo tal comisión precisamente es el control de las medidas coyunturales que han surgido.

De manera contundente y tajante, el TC declaró en sentencia 9/1986 de 21 de Enero que es objetiva la distinción entre firmantes y no firmantes de un convenio colectivo cuando de lo que se trata es de interpretar o aplicar alguna de sus cláusulas o de adaptarlos a un problema no previsto».

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.**
9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES.
10. ASISTENCIA SANITARIA.
11. INCAPACIDAD TEMPORAL.
12. MATERNIDAD.
13. RÉGIMENES ESPECIALES.
 - A) **Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.**
14. INFRACCIONES Y SANCIONES.
15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL.

1. FUENTES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

6. COTIZACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

7. RECAUDACIÓN

La **STS de 19 de septiembre de 2011, IL J 1351/2011**, aplica la doctrina unificada por el Pleno de la Sala de lo Social en Sentencia dictada el 1 de febrero de 2011 (recurso 4120/2009), en la que se interpretó el alcance del artículo 209.5.a) LGSS, cuya regulación califica como «compleja». La finalidad de la norma es la de impedir la compatibilidad de la percepción de la prestación por desempleo y de los salarios de tramitación que posteriormente al reconocimiento de aquella pudieran ser reconocidos al trabajador. Por ello, el reintegro de la prestación de desempleo sólo puede alcanzar a los periodos en que ambas coincidieran. El hecho que el trabajador no cumpliera con la obligación impuesta por la norma de poner en conocimiento de la Entidad gestora la existencia del título en virtud del cual se declara el derecho a percibir salarios de tramitación no significa que la consecuencia legal sea la de extenderse a la devolución de las prestaciones correspondientes al periodo en que no existió realmente aquella incompatibilidad. De este modo, la Sala concluye que al alcanzar incompatibilidad sólo al periodo de percepción de salarios de tramitación, el deber de devolución de la prestación por desempleo se limita a la cuantía que se corresponda a los días en que coinciden ambas percepciones.

De otro, la **STSJ de Asturias de 22 de julio de 2011, IL J 1403/2011**, aplica la doctrina sentada por la STS de 26 de marzo de 2007 que, aun correspondiendo a un supuesto anterior a la modificación del artículo 209.5.c) LGSS por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, se centra en un supuesto que se encuadra en la letra a). Concluye la Sala que no procede el reintegro de la prestación por desempleo en aquellos casos en los que el trabajador no haya percibido los salarios de tramitación, ya que la empresa había sido declarada en concurso de acreedores. Matiza que, ciertamente, ese abono podría producirse por el FOGASA y, hasta que efectivamente no se produzca —supuesto en el que sí se produciría la incompatibilidad entre prestación de desempleo y salarios de tramitación— no tendría lugar el reintegro de la prestación por desempleo.

8. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

A) Concepto de accidente

En la **STS de 21 de septiembre de 2011, IL J 1354/2011**, se analiza un supuesto de hipoacusia bilateral progresiva severa derivada de traumatismo laboral. La LGSS de 1994 no contempla el carácter automático del tránsito de la IPT por contingencia profesional a las prestaciones de muerte y supervivencia. Esa ausencia, producida ya desde la Orden de 13-2-1967, constituye la implícita derogación de cualquier disposición anterior de inferior rango jerárquico que pudiera haberlo hecho precedentemente.

B) Reparación del daño

La **STSJ Castilla y León de 4 de julio de 2011, IL J 1235/2011**, recuerda la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, contenida en la citada sentencia de 30 de enero de 2008, a la que sigue, entre otras, la 14 de julio de 2009, en orden al adecuado resarcimiento de los daños y perjuicios causados al trabajador por el accidente de trabajo y ante los sistemas intereses/actualización, en el bien entendido de que ambos son de imposible utilización simultánea. Dicha jurisprudencia propugna una interpretación *pro operario*, contraria al tradicional *favor debitoris* que informa la práctica civil, y con apoyo en la jurisprudencia también reciente de la Sala I de este Tribunal Supremo concluye que los intereses moratorios —*ex* artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil— se devengan automáticamente, por imponerlo así la defensa de los legítimos intereses del acreedor. En orden a los intereses moratorios, la misma sentencia de 30 de enero de 2008 matiza que esta flexibilidad aplicativa de la máxima tradicional efectuada por la jurisprudencia civil «todavía con mayor rotundidad ha de tenerse en cuenta en el campo del Derecho del Trabajo, terreno en el que los principios sociales han de imperar todavía con más fuerza que en el Derecho Civil, sino que los intereses en juego —afectantes a valores de singular trascendencia— imponen una interpretación *pro operario*, contraria al tradicional *favor debitoris* que informa la práctica civil» y que «estas singularidades de nuestro Ordenamiento laboral justifican plenamente que, en el ámbito de esta jurisdicción social, la interpretación de los arts. 1.101 y 1.108 CC atienda a un mayor automatismo que el orden civil, de manera que la regla general en la materia ha de ser —supuestos exorbitantes aparte— la de que las deudas en favor del trabajador generan intereses a favor de éstos desde la interpelación judicial».

Según la **STSJ Castilla y León de 20 de octubre de 2011, IL J 1405/2011**, no se aprecia un grado de culpabilidad suficiente por parte de la empresa para acceder a la indemnización de daños y perjuicios postulada. La sentencia basa dicha afirmación en que fue la propia trabajadora la que —por causas fortuitas e imprevisibles— sufrió el golpe en el brazo izquierdo, por lo que no se ha infringido precepto alguno relativo a medidas de seguridad e higiene en el trabajo que determine algún tipo de responsabilidad empresarial. Así pues, no se observa que la conducta del empresario pueda dar lugar a la negligencia a que se alude en el artículo 1101 del CC descrita en el 1104 del CC como «omisión de aquellas diligencias que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a circunstancias de

personas, tiempo y lugar», puesto que en la forma de producirse el accidente no se aprecia una culpabilidad en grado bastante por parte de la empresa como para acceder a la indemnización de daños y perjuicios postulada, no pudiendo imputarse la *culpa in vigilando*.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES

Sobre la naturaleza de la institución del recargo de prestaciones, el TSJ de Cataluña, en su **STSJ de Cataluña de 6 de mayo de 2011, IL J 1169**, asevera lo afirmado por el Tribunal Supremo acerca de que «no tiene una naturaleza netamente sancionadora y en consecuencia no le son aplicables los principios del procedimiento administrativo sancionador», sino que es una «institución específica y singular de la normativa de Seguridad Social», lo cual sirve para rechazar el motivo alegado de infracción jurídica de los principios del proceso sancionador. Por otro lado, y remitiéndose a otra sentencia del TS, en este caso la de fecha 7 de abril del 2003, el TSJ rechaza el recurso motivado en la infracción del art. 24.3 de la Ley 31/1995, razonando que lo decisivo para responsabilizar solidariamente a la empresa principal con la empresa contratista no es el hecho de si comparten la propia actividad, sino que, en base a una interpretación del artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, «el trabajo se desarrolle en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella».

De acuerdo con lo anterior, podemos resaltar dos sentencias más: por un lado, la **STSJ de Cataluña de 8 de junio de 2011, IL J 1219**, confirma responsabilidad solidaria en base al mismo razonamiento, puesto que la empresa principal desconocía la presencia de la subcontratista en el centro de trabajo, siendo ello motivo que «no hace sino confirmar la deficiente coordinación por parte de SEAT, S.A. como titular del centro de trabajo»; en segundo lugar, la **STSJ de Castilla y León de 29 de junio de 2011, IL J 1338**, que confirma la responsabilidad de la promotora de la rehabilitación de un edificio de su propiedad que subcontrató con la empresa empleadora del trabajador accidentado, y siendo no sólo la promotora sino compartiendo además la misma actividad, no puede evadir su responsabilidad como empresario principal de vigilar por el cumplimiento de las medidas de seguridad por parte de los contratistas y subcontratistas.

La **STSJ de Cataluña de 9 de mayo de 2011, IL J 1171**, falla confirmando la sentencia de instancia, basando la responsabilidad de la empresa en la omisión de medidas de seguridad, aun existiendo una imprudencia no temeraria por parte de la accidentada, originando ello el recargo de las prestaciones. Citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007, el TSJ de Cataluña aplica la doctrina referida a que de los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 de la LPRL se deduce «que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador», siendo en este caso una trabajadora que inhaló los gases producidos por la mezcla de productos químicos de limpieza. De igual forma, la **STSJ de Cataluña de 26 de mayo, IL J 1200**, confirma el recargo de prestacio-

nes en el caso de un trabajador que, habiendo actuado imprudentemente, ello se debió a la falta de adecuación de la plataforma en la que desempeñaba su trabajo, así como en la falta de formación en los riesgos inherentes a la tarea realizada.

Se confirma recargo de prestaciones en la **STSJ de Aragón de 8 de julio, IL J 1236**, motivada en que el plan de prevención de riesgos era ineficaz puesto que no estaba prevista la posibilidad de una explosión como la que aconteció en el accidente, siendo ello núcleo de la relación causa-efecto con el daño producido. En otra sentencia, la **STSJ de Extremadura de 30 de junio, IL J 1340**, el Tribunal falla rechazando la pretensión de la empresa principal y confirmando la responsabilidad solidaria de ésta al haber infringido su propio plan de prevención, tolerando el comportamiento del trabajador incumplidor de las medidas de seguridad. Dicha infracción determina, como bien queda reflejado en la sentencia recurrida, la aparición del accidente.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su **STS de 18 de julio de 2011, IL J 1288**, en un caso de sucesión empresarial y sobre la aplicación de responsabilidad solidaria de la adquirente sobre el recargo de las prestaciones, resuelve en base a su doctrina sobre la naturaleza prestacional de éste para argumentar la aplicación del artículo 127 de la LGSS y no del artículo 44 del ET. Dando la razón a la sentencia de contraste, la STSJ de Andalucía/Sevilla de 5 de marzo de 2004 [rec. 1676/03], el Alto Tribunal revoca la sentencia recurrida ya que el art. 123 de la LGSS determinaría la intransferibilidad del recargo vía sucesión empresarial por cuanto que lo determinante es la «idea de “empresario infractor” que utiliza el art. 123.2 de la LGSS (SSTS 14/02/01 —rcud 130/00—; y 21/02/02 —rcud 2239/01—), la consiguiente afirmación jurisprudencial de que “sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo” (SSTS 08/04/93 —rcud 953/92 —... 02/10/00 —rcud 2393/99—; 14/02/01 —130/00—; 21/02/02 —rcud 2239/01—; y 03/12/08 —rcud 2909/07—)».

Por último, la **STSJ de Galicia de 17 de junio de 2011, IL J 1312**, confirma la sentencia recurrida rechazando, como proponía el recurrente, la prescripción de la acción de reclamación de recargo de prestaciones, según el precepto 43 de la LGSS. Afirma el Tribunal para el cómputo del *dies a quo*, según lo dispuesto en el art. 1969 del Código Civil, que «el tiempo para la prescripción, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse», y por tanto, se fija en el día de la fecha en que finaliza la tramitación de procedimiento de revisión de incapacidad y es firme la sentencia sobre reconocimiento de prestación de seguridad social a recargar. Pero, además, es aplicable el apartado 3.º del art. 43 LGSS, «dada la existencia de un proceso judicial por los mismos hechos contra la empresa o el empresario responsable, en cuyo caso el plazo de prescripción quedará interrumpido mientras aquel proceso se tramite, volviendo a contar el plazo desde la fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento o desde que la sentencia adquiera firmeza. En el caso enjuiciado se ha tramitado un procedimiento judicial de Seguridad Social», y es entonces cuando vuelve a iniciarse el cómputo del plazo de la prescripción de cinco años.

La **STSJ del País Vasco de 24 de mayo de 2011, IL J 1193**, desestima el recurso de suplicación presentado por la empresa Consorcio de Compensación de Seguros contra

la Sentencia recurrida, la cual declaraba la procedencia del recargo de prestaciones de la Seguridad Social a favor de una trabajadora que había sufrido un trastorno psíquico por ambiente conflictivo en el lugar de trabajo, siendo responsable la empresa porque «no hizo nada para evitar o paliar de alguna forma la situación de aislamiento y tensión en la que se encontraba la actora desde [hacia] mucho tiempo». El hecho de que la inspección no detectara el acto de acoso no resta para que el empresario, conociendo por dicha inspección que sí existía «un conflicto entre la actora y el resto del personal desde el inicio de la prestación de servicios», emprendiera acciones para corregir aquella situación, siendo éstas omitidas por la empresa.

10. ASISTENCIA SANITARIA

La **STS de 17 de junio de 2011, IL J 1311**, para un caso de reintegro de gastos sanitarios, en concreto derivados de prótesis capilar, atribuye a la peluca la consideración de producto sanitario, en función de la enfermedad que la demandante padece (lupus eritematoso sistémico) y las consecuencias físicas que dicha enfermedad provoca (alopecia irreversible con placas irregulares descamativas en cuero cabelludo), razón por la que se considera como prestación sanitaria complementaria, efectuándose pago según baremo, todo ello en orden a lo dispuesto en el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y la jurisprudencia existente sobre el mismo.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

La **STS de 27 de junio de 2011, IL J 1159**, recuerda que la «misma o similar patología» a la cual se refiere el art. 131 bis.1, párrafo segundo, de la LGSS (nueva baja laboral antes de los 6 meses del alta anterior por agotamiento del periodo máximo), se tiene que entender únicamente en relación con las patologías habiendo causado la primera baja, y no se extiende al cuadro médico que en el caso rechazó la incapacidad permanente al agotamiento del período máximo.

La **STSJ de Galicia de 12 de julio de 2011, IL J 1237**, aplica la nueva doctrina del Tribunal Supremo en materia de incapacidad temporal iniciada antes de las vacaciones, impidiendo el disfrute de las mismas, refiriéndose a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 (caso Pereda, asunto C-277/08), estimando que nada ha de impedir el disfrute ulterior de las vacaciones, aun cuando se hubiera agotado el año natural al que correspondían, cuando el trabajador no haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercer este derecho.

Ahora bien, en la **STJUE de 22 de noviembre de 2011, IL J 1344** (caso Schulte, asunto C-214/10), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisa que la legislación de un Estado miembro puede prever la extinción del derecho a devengo, pero después de un período de aplazamiento que debe ser de duración sustancialmente mayor que la del período del devengo con el que guarda relación, considerando que un aplazamiento máximo de 15 meses no es contrario a la normativa comunitaria.

12. MATERNIDAD

La **STC de 29 de septiembre de 2011, IL J 1265**, mantiene que no viola el principio de igualdad y no discriminación una interpretación del art. 70.4 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, reguladora de la función pública en Galicia, en una línea en la que no se puede ceder al padre en los supuestos de parto periodos de descanso voluntario cuando la madre no fuese funcionaria o trabajadora incluida en la Seguridad Social.

La **STSJ de Asturias de 27 de mayo de 2011, IL J 1209**, mantiene que si la empresa incumple sus obligaciones de alta y cotización el INSS no es responsable de adelantar las prestaciones.

Según la **STS de 21 de septiembre de 2011, IL J 1299**, para que nazca el derecho al recibo de la prestación por riesgo durante la lactancia natural se tiene que probar la existencia de riesgos específicos y su relevancia en relación con la actividad de la trabajadora y con la situación de lactancia natural, por tanto no cabe el percibo de la prestación del art. 135 bis de la LGSS si no parecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia de riesgos. Por su parte, la **STSJ de Madrid 18 de mayo de 2011, IL J 1182**, afirma que el derecho a amamantar el hijo presupone el derecho a preservar el alimento en las condiciones idóneas, pues de lo contrario la finalidad médica de la Ley que quiere fomentar la salud del niño quedaría defraudada.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la **STJUE de 20 de octubre de 2011, IL J 1260**, dicta que los arts. 77.2, letra b), inciso i) y 78.2, letra b), inciso i) del Reglamento 1408/1971, de 14 de junio, deben ser interpretados en el sentido de que los titulares de una pensión de jubilación o invalidez o el huérfano cuyos derechos a pensión se basen únicamente en la legislación del anterior Estado miembro pueden reclamar a éste el importe íntegro de los subsidios familiares previstos por la legislación a favor de hijos discapacitados.

13. REGÍMENES ESPECIALES

A) Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

El Tribunal Supremo examina en la **STS de 18 de julio de 2011, IL J 1287**, un supuesto en el que un trabajador afiliado al RETA es requerido para ponerse al corriente de pago para poder causar una pensión de jubilación que inicialmente le es denegada por incumplir tal requisito. El trabajador alega que tales cotizaciones adeudadas no pueden serle reclamadas por cuanto ha prescrito la obligación de pago, a lo que la entidad gestora alega que tal prescripción se ha producido con posterioridad al hecho causante de la pensión, por lo que si bien devienen inexigibles en un proceso recaptatorio, no por ello debe entenderse cumplido el requisito de hallarse al corriente de pago.

El Tribunal en este caso no hace sino reiterar la jurisprudencia que ya quedó establecida en la **STS de 26 de febrero de 2008, IL J 390**; **STS de 15 de noviembre de 2006, IL J 1895**; y **STS de 25 de septiembre de 2003, IL J 1448**, en las que de forma clara se precisa que la obligación de atender el requerimiento de ingreso de las cuotas adeudadas no

queda perjudicada por la eventual prescripción posterior de las cuotas adeudadas, porque tal requisito de hallarse al corriente de pago se examinó en el momento del hecho causante, que es cuando el cumplimiento completo de las obligaciones contributivas despliega sus efectos sobre la prestación solicitada. No es posible, por consiguiente, eludir el pago de lo adeudado simplemente con esperar que transcurran los años de prescripción de las cuotas impagadas para reiterar entonces la solicitud de pensión de jubilación.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La **STC de 26 de septiembre de 2011, ILJ 1262**, confirma la constitucionalidad del art. 23 de la Ley 52/2003, que dio la nueva redacción al art. 3.1.b) LPL, al atribuir a la jurisdicción contenciosa-administrativa el conocimiento de las reclamaciones contra actos administrativos de inscripción de empresas en la Seguridad Social.

Primeramente, el Tribunal manifiesta que en el caso, objeto de análisis, el legislador ordinario se ha limitado a concretar la genérica delimitación de competencias entre el orden jurisdiccional social y contencioso-administrativo, en aras al principio de seguridad jurídica. Y, en la medida en que no contradice el esquema general del art. 9 LOPJ, se tiene que reputar dicho precepto legal como constitucionalmente lícito.

En segundo lugar, se afirma que la decisión del legislador de hacer prevalecer la dimensión administrativa del acto de inscripción de empresas en la Seguridad Social no puede calificarse de arbitraria, porque se limita a extender al ámbito del orden contencioso-administrativo el conocimiento de todas aquellas actuaciones gestoras de la Seguridad Social relacionadas con la percepción y recaudación de las cotizaciones y demás recursos financieros. Y, por el contrario, atribuir al orden social el conocimiento de los actos de gestión de las prestaciones de la Seguridad Social. En este mismo sentido se pronunció la **STC de 7 de julio de 2011, ILJ 1081**, y más recientemente la **STC de 26 de septiembre de 2011, ILJ 1263**.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ
IGNASI AREAL CALAMA
CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA
JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ
NURIA PUMAR BELTRÁN
SERGIO CANALDA CRIADO
EUSEBI COLÁS NEILA
ALEXANDRE DE LE COURT

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

SUMARIO^(*)

1. *PRESTACIÓN POR DESEMPLEO.*

A) Introducción.

B) Cuestiones generales.

C) Nivel Contributivo.

- a) Sujetos beneficiarios.
- b) *Requisitos de acceso a la protección.*
- c) Contenido y modalidades de la prestación.
- d) Cuantía y dinámica de la acción protectora.
- e) Supuestos especiales.
- f) Compatibilidad e incompatibilidades.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo.

- a) *Requisitos generales.*
- b) Beneficiarios.
 - a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares.
 - b') Subsidio de prejubilación.
 - c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo.
 - d') Otros Subsidios Especiales.
- c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio.
- d) Compatibilidad e Incompatibilidades.

E) Prestaciones accesorias y complementarias.

F) Gestión, Financiación y Pago.

G) Valoración Final.

2. *JUBILACIÓN.*

A) Jubilación contributiva.

- a) *Requisitos de acceso a la protección.*

(*) 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. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

C) Nivel Contributivo

b) Requisitos de acceso a la protección

La STSJ de Castilla y León de 18 de mayo de 2011, IL J 1135, resuelve acerca de la procedencia o no de la prestación por desempleo en caso de realización de trabajos familiares en sociedad en la que se mantiene el control del 50% de la misma y convivencia del demandante con el hermano.

Se denuncia la infracción de la Disposición Adicional 27.^a de la Ley General de la Seguridad Social.

En esencia, alega el recurrente que no convive con su hermano, por lo que no podrá aplicarse la presunción establecida en la Disposición Adicional 27.^a de la LGSS, insistiendo en el hecho de haber venido percibiendo salarios.

Por su parte, la recurrida se opone al recurso diciendo que es correcta la aplicación de la referida norma, pues al convivir el recurrente con sus padres y sus dos hermanos se dan las circunstancias para aplicar la presunción a la que se refiere la Disposición Adicional 27.^a de la LGSS, considerando que por encima de la apariencia formal creada impera la realidad que supone la falta de vínculo laboral entre el actor y la mercantil MARHER CONSTRUCCIONES DE OBRAS PÚBLICAS, SL.

La Disposición cuya infracción se denuncia determina la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), en el que no se reconocen prestaciones de desempleo a los trabajadores que poseen el «control efectivo, directo o indirecto» de la «sociedad mercantil capitalista» a la que presten servicios y establece la presunción *iuris tantum* de tal «control efectivo» en las sociedades familiares en las que «al menos, la mitad del capital para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2004 declara que:

«efectivamente, los padres e hijos (o los hermanos u otros familiares dentro del segundo grado de parentesco) que, conviviendo en la misma vivienda, posean “al menos, la mitad”

del capital social de una sociedad titular de una empresa en la que prestan servicios deben estar encuadrados en el RETA, y excluidos por tanto de la protección del desempleo, salvo que se demuestre que no tienen el “control efectivo” de dicha sociedad. Tal demostración en contrario por vía de presunción ha de llevarse a cabo en la instancia en los términos establecidos en el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en suplicación, en su caso, por la vía de la revisión de los “hechos declarados probados, a la vista de la pruebas documentales y periciales practicadas” prevista en el art. 191, de la Ley de Procedimiento Laboral (STS 16-4-2004). No habiéndose destruido por la vía procesal adecuada esta presunción judicial ni en el caso de la sentencia recurrida ni en el de la sentencia de contraste, es claro que resulta de aplicación la mencionada DA 27.^a LGSS. En una y otra, se insiste, un pariente dentro del segundo grado ha prestado servicios por cuenta de una empresa cuya titularidad corresponde a una sociedad familiar, estando vinculados los miembros de la familia por vínculo conyugal o de parentesco dentro del segundo grado, conviviendo en la misma casa o vivienda, y siendo titulares de la mitad al menos de las participaciones de la sociedad acreedora de la prestación de servicios».

También se pronuncia en similares términos se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2001.

El art. 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores excluye en principio de la legislación laboral los «trabajos familiares salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo». El propio precepto precisa a continuación el círculo familiar al que afecta esta regla de exclusión, círculo formado por los parientes hasta el segundo grado inclusive por consanguinidad, afinidad o adopción, en los que concurra además el requisito de convivencia con el empresario. La exclusión del trabajo familiar en el sentido del *art. 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores (ET)* no es, a la vista de la redacción del precepto estatutario, una excepción propiamente dicha, sino una mera aclaración o constatación de que en este tipo de prestación de trabajo falta una de las notas características del trabajo asalariado. Esta nota es la ajenidad o transmisión a un tercero de los frutos o resultados del trabajo prestado; ajenidad que no cabe apreciar cuando tales frutos o resultados se destinan a un fondo social o familiar común. Por supuesto, cabe trabajo por cuenta ajena entre parientes que comparten el mismo techo. Pero si el parentesco es muy próximo y existe convivencia con el empresario, la Ley ha establecido una presunción “*iuris tantum*” a favor del trabajo familiar no asalariado, que se aparta expresamente de la presunción de laboralidad establecida en el *art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores*».

Por tanto se ha de concluir, en el caso aquí litigioso, que se trata de supuesto de «*trabajos familiares*» en los términos del artículo 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores. Precisamente la reiterada doctrina de este Tribunal referida a supuestos de prestaciones de desempleo en relación a trabajadores familiares de socios de personas jurídicas parte de que no concurre la circunstancia de «estar a cargo» por cuanto la retribución que se percibe no es a costa «de un patrimonio familiar común» y, por ello no se desvirtúa la nota de ajenidad (STS de 25 noviembre de 1997, Recurso 771/199). En este sentido reconoce la relación laboral y entienden que se destruye la presunción *iuris tantum* de no laboralidad la sentencia de 19 de diciembre de 1997 (Recurso 1048/1997) porque, «si bien el actor es hijo de la socio mayoritaria de la compañía (su madre), no consta que conviva con ella ni a su cargo... y aunque la esposa del demandante es también socio de esa sociedad e incluso administradora única, y además los dos cónyuges viven en el mismo domicilio, lo cierto es

que la participación que la mujer del actor tiene en el capital social *no alcanza, en modo alguno, el 50% del mismo (tan sólo tiene un 30%), y tampoco puede considerarse probado que su marido viva a su cargo, máxime cuando se ha demostrado que cobraba un sueldo mensual*», y la sentencia de 19 de abril de 2000 (Rec. 770/1999) porque «*la participación que el esposo de la actora tiene en el capital social no alcanza, en modo alguno, el 50% del mismo (tan sólo tiene un 30%)*».

En dicha doctrina se mantiene la presunción favorable al carácter familiar y no asalariado de la actividad desempeñada por familiares del empresario en su centro de trabajo, cuando se convive con él, excluyéndose el elemento de ajeneidad y dependencia en la prestación de servicios, propias de la relación laboral. Es cierto que el encuadramiento de cada situación responde a las circunstancias del caso, mediante el análisis personal de cada supuesto concreto, pero sí puede afirmarse que esta presunción no queda desvirtuada ni por la suscripción de un contrato de trabajo ni por la aportación de hojas salariales ni por el hecho de que exista una cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, sino que lo que se viene exigiendo es la demostración de que el trabajador se encuentra sometido al círculo empresarial del que se extrae la existencia de aquellas notas de ajeneidad y dependencia como propias de la relación laboral porque, al existir una presunción de no laboralidad de los trabajos familiares, corresponde al trabajador la carga de la prueba, de tal manera que si no se acredita la naturaleza asalariada y el resto de conceptos propios del contrato de trabajo, no pueden derivar las consecuencias propias de éste. Y, en el presente caso, teniendo en cuenta el propio relato de hechos de la sentencia recurrida, el demandante prestaba servicios en el ámbito de una sociedad familiar que conservaba el control del 50% de la sociedad para la que formalmente prestaba servicios el demandante.

Por todo lo dicho, al no haberse producido la infracción fáctica y jurídica denunciadas en el recurso, se desestima el recurso y se confirma la sentencia de instancia.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

a) Requisitos generales

El caso resuelto en la **STSJ de Galicia de 14 de enero de 2011, IL J 774**, versa sobre el reconocimiento del subsidio por desempleo a trabajadores que retornen a España por extinguírseles la relación laboral en el extranjero. El artículo 208 de la Ley General de la Seguridad Social considera en situación de desempleo a los trabajadores que retornen a España por extinguírseles la relación laboral en el extranjero, sin hacer indicación alguna a que tal extinción haya de ser —necesariamente— por causa ajena a la voluntad del emigrante, sin que a los presentes efectos quepa olvidar que la extinción voluntaria, en determinados supuestos, integra también situación legal de desempleo en el Derecho español [artículo 208.1.e) de la Ley General de la Seguridad Social], y cualquier otra interpretación no sólo resulta contraria a la letra del precepto, sino que significa una exigencia contraria al principio rector y constitucional de la obligada política orientada al retorno de emigrantes (artículo 42 de la Constitución Española), penalizando su regreso voluntario a la patria.

La duda en la aplicación del artículo 208.2.1 LGSS surge de si el cese voluntario en el trabajo se produce cuando el trabajador prestaba servicios en país extranjero en fecha inmediata a la repatriación. En primer lugar, la diversidad de las legislaciones en la regula-

ción de la relación laboral hará difícil precisar hasta qué punto el cese fue o no voluntario así como acreditar en España, años después del cese, su carácter voluntario o contrario a su voluntad. La interpretación que estableciera la necesidad de probar que el cese en el trabajo inmediato a la repatriación no era voluntario constituiría, sin duda, un obstáculo a la vuelta a España, siendo así que el artículo 42 de la Constitución Española establece que el Estado orientará su política a favorecer el retorno del emigrante. Sin duda a esa política favorecedora del retorno correspondía el subsidio que la demandante percibió a su vuelta a España. Es por ello que el precepto a aplicar a los trabajadores españoles que pretendan la declaración de asimilados al alta debe ser el artículo 208.5 de la Ley General de la Seguridad Social, que declara en situación legal de desempleo a los trabajadores que retornen a España por extinguírseles la relación laboral en el extranjero, sin exigir el mandato legal que esa extinción contractual se haya producido por causas ajenas a la voluntad del trabajador», de manera que, en línea con lo antedicho, habida cuenta de que, como se desprende del inalterado relato histórico, la actora tiene concedido subsidio de desempleo para mayores de 52 años desde el día 16-9-2006 al acreditar 895 días en España y percibió subsidio de retornado y se encuentra inscrita como demandante de empleo, cabe concluir estimando el recurso articulado por la demandante, con revocación de la sentencia de instancia y acogiendo las pretensiones de la citada parte actora.

En la **Sentencia del TSJ de Galicia de 11 de febrero de 2011, IL J 820**, recurre la parte demandada la sentencia de instancia, que acogió la demanda rectora de los autos, solicitando la revocación de la misma y la desestimación de las pretensiones en su contra deducidas para lo cual, en sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia como infringidos el art. 215 LGSS en relación con los arts. 67 y 69 del Reglamento CEE 1408/71 y doctrina que cita, argumentando, en esencia, que la actora carece de cotización alguna a desempleo en nuestro país por lo que no puede acceder al subsidio que pretende.

La Disposición Adicional Trigésimo tercera de la LGSS (RCL 1994\1825), añadida a esta Ley por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre (RCL 2002\2901), que modificó la normativa española en materia de desempleo, dispone que «los trabajadores que provengan de los países miembros del Estado Económico Europeo o de los países con los que exista convenio de protección por desempleo obtendrán las prestaciones por desempleo en la forma prevista en las normas comunitarias o en los convenios correspondientes».

Esta misma norma legal —la Ley 45/2002— es la que suprimió el subsidio para emigrantes retornados que regía en la versión de la LGSS de 1994 de forma que, mientras en la versión original se preveía el reconocimiento del subsidio por el hecho de ser emigrante retornado, cualquiera que fuera su procedencia (sólo se exigía «ser trabajador emigrante que, habiendo retornado del extranjero, no tenga derecho a prestación por desempleo y hubiera trabajado como mínimo seis meses en el extranjero desde su última salida de España») en la actualidad sólo se prevé esa posibilidad de acceso al subsidio por parte de los emigrantes retornados cuando reúnan ciertos requisitos, pero sólo si no proceden de países del Espacio Económico Europeo o asimilados (se requiere «ser trabajador español emigrante que... habiendo retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo o con los que no exista convenios de protección por desempleo...»), pues si el emigrante retornado procede de un país comunitario o asimilado la normativa a aplicar es la comunitaria conforme a la precitada DA Trigésimo tercera de la LGSS.

Por otra parte, el denominado «requisito comunitario» en materia de desempleo se recuerda, en las sentencias a las que nos venimos refiriendo, que se contiene fundamentalmente en el artículo 67.3 del Reglamento (CEE) 1408/71 (LCEur 1997\199), que ha sido interpretado por la Sala en pronunciamientos referidos a la concurrencia o no de otros requisitos para el acceso a este tipo de subsidio. Y así decíamos allí que «... con ocasión de la duda planteada en un determinado momento anterior al presente... acerca de si para causar derecho a este subsidio de desempleo para mayores de 52 años podían computarse o no las cotizaciones efectuadas en otros países tanto para cubrir la exigencia de tener acreditados los requisitos para acceder a la pensión de jubilación como la relativa a la necesidad de tener cubierta la exigencia de seis años de cotización al desempleo —ambas requeridas por el art. 215.1.3)—, se llegó a la conclusión de que, en efecto, para cubrir ambas exigencias servían cotizaciones realizadas en aquellos otros Estados de la entonces Comunidad Europea. Pero también en aquel momento se discutió acerca de si la exigencia del art. 67.3, o sea la de que para poder causar derecho a prestaciones por desempleo es necesario que la última cotización se hubiera realizado en el Estado competente para reconocerla que ahora nos ocupa se cubría o no con las cotizaciones que el Estado español debía efectuar (sólo por asistencia sanitaria y prestaciones familiares) durante el tiempo en que el emigrante retornado había percibido el subsidio por desempleo para emigrantes retornados entonces existente (y del que ahora como hemos visto se han excluido a los procedentes del EEE)».

«En todos aquellos supuestos el Tribunal Europeo en sus sentencias de 20 de febrero 1997 (TJCE 1997\31) Gonzalo y otros, de 25 de febrero de 1999 (TJCE 1999\32) (Jose Carlos) e incluso en la de 4 de marzo de 2002 (TJCE 2002\103) María Purificación se llegó a la conclusión reiterada de que las reglas de totalización de períodos para poder acceder a prestaciones por desempleo en cualquier país comunitario se hallaba supeditada, salvo en los supuestos del art. 71 al que se remite el propio art. 67.3 al requisito de que el interesado hubiera cubierto en último lugar períodos de seguro o de empleo con arreglo a la legislación a cuyo amparo fueran solicitadas las prestaciones por desempleo, bajo la premisa, mantenida con toda claridad en la sentencia Jose Carlos (punto 16 de la misma) de que “según el art. 67 de este Reglamento, la concesión de una prestación de desempleo está subordinada a dos tipos de requisitos: por una parte, al requisito anunciado en el apartado 3 de dicha disposición (en lo sucesivo ‘requisito comunitario’), y por otra parte, al requisito o los requisitos previstos en la legislación nacional (en lo sucesivo ‘requisitos nacionales’)”. “La exigencia del ‘requisito comunitario’ sólo se cumple con arreglo a aquellas sentencias y en aplicación del art. 67.3 denunciado si el interesado cotizó en último lugar en el Estado del lugar en que solicita la prestación, de forma que (punto 18 de la sentencia Jose Carlos) ‘si resultase que el interesado no cotizó en último lugar al régimen de Seguridad Social española y que tampoco procede considerar que así fue, dicho interesado no tendría derecho a la prestación controvertida en virtud del art. 76 ni en virtud del art. 51 del Tratado (RCL 1999\1205 ter). Por el contrario, si cotizó en último lugar al régimen de Seguridad Social español o debe considerarse que así fue, procede examinar si se cumplen los requisitos nacionales’”. Sobre el concurso o no del “requisito comunitario” se dictaron reiteradas sentencias por esta Sala del Tribunal Supremo, en concreto SSTS de 7-5-98 (RJ 1998\4584) (rec. 4630/96), 18-6-1998 (RJ 1998\5409) (rec. 2989/97), 13-10-98 (RJ 1998\7810) (rec. 507/98), 25-3-99 (RJ 1999\3527) (rec. 1003/98), 7-3-2005 (RJ 2005\3403) (rec. 894/04) en todas las cuales se estimó cumplido el indicado requisito cuando el demandante retor-

nado había estado disfrutando de aquel específico “subsidio para emigrantes retornados” (suprimido desde el año 2002). Pero por la misma razón se entendió que dicha exigencia no la cubriría quien en ningún momento había cotizado en último término en el lugar de reclamación, como ocurrió en el caso contemplado por la STS 29-6-2006 (RJ 2006\7057) (rec. 4133/2004), en aplicación del art. 67.3 discutido». Doctrina plenamente aplicable al presente supuesto, ya que la actora no ha cotizado en nuestro país en ningún momento y por ningún concepto.

F) Gestión, Financiación y Pago

En la **STSJ de Extremadura de 3 de febrero de 2011, IL J 803**, a la recurrente le fueron reconocidas, con efectos de febrero de 2007, prestaciones por desempleo, siendo que el 30 de junio de 2009 el INEM dicta resolución por la que se le revoca el derecho, declarando la percepción indebida de prestaciones por desempleo en la cuantía de 11.553 euros por el periodo de 16 de febrero de 2007 a 15 de febrero de 2009 y ello por estimar que la beneficiaria ejecutaba trabajos por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en ninguno de los regímenes de la Seguridad Social, solicitando la disconforme que se revoque la mentada resolución, declarando el derecho al percibo de las prestaciones y sin obligación de devolver cantidad alguna.

Respecto de la cuestión planteada, es innegable que, tal y como nos recuerda la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2005, conforme reiterada jurisprudencia de dicha Sala —entre otras, las sentencias de 29 de enero de 2003 y de 30 de abril de 2001, interpretando el artículo 221.1 LGSS, precepto que establece que «La prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en ninguno de los regímenes de la SS, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado»—, es incompatible la prestación por desempleo con un trabajo por cuenta propia, con independencia del resultado lucrativo del negocio. Y en efecto, como argumenta la sentencia de instancia, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencia 4-11-1997, interpretando dicho artículo, concluye que se ha de entender que el legislador ha incluido en dicho precepto una incompatibilidad absoluta entre prestación o subsidio por desempleo y trabajo por cuenta propia, mientras que esa prohibición es relativa cuando se trata de las mismas prestaciones y el trabajo por cuenta ajena. Pero la cuestión aquí ventilada radica en dilucidar si las comisiones mensuales que ha venido percibiendo la actora, como consecuencia de que entre el 18 de abril de 2002 y el 30 de mayo de 2002 aportó a la Entidad Bancaria referida tres clientes, personas cercanas a ella, con importantes carteras económicas para realizar depósitos en dicha entidad, y hasta que dichos clientes y depósitos se mantuvieron, 31 de diciembre de 2008, ha de considerarse como trabajos por cuenta propia.

Centrada la cuestión objeto de debate, hemos de estar a lo ya resuelto por esta misma Sala en sentencias de 15 de enero de 2008, Recurso de Suplicación 687/2007, y de 27 de marzo de 2007, Recurso de Suplicación 18/2007, para resolver el debate a favor de la recurrente. Y es que, como ya dijimos en la segunda de las resoluciones, en las que se analiza del propio modo las sentencias aludidas del Alto Tribunal:

«Pero una vez expuesta dicha doctrina, también hemos de analizar el asiento fáctico de la misma. La sentencia del Alto Tribunal, y las que en ellas se citan, parten de un aserto claro, cual es la existencia de un trabajo por cuenta propia aún de baja rentabilidad, supuesto que se repite también en la sentencia de 4 de noviembre de 1997, en las que queda constatada la existencia de actividad laboral por cuenta propia. Comparada dicha situación fáctica con la que se nos ofrece en el presente recurso nos lleva a dar la razón al recurrente. En el supuesto de la actora, lo único que se declara probado es que la actora percibe por comisiones en la concertación de seguros, en el mes de febrero de 2004 la cantidad de 224,47 euros, y en el mes de diciembre de 2005 la cantidad de 231,75 euros, siendo que el periodo que se declara como percepción indebida es el que abarca desde el 20 de junio de 2004 al 28 de diciembre de 2005. Afirmar con estos datos que a la fecha de concesión del subsidio la actora trabajaba por cuenta propia constituye una conclusión que consideramos no acorde con la realidad. A fecha junio de 2004 no consta en modo alguno que la demandante desarrollara actividad por su cuenta para la agencia correspondiente, y desde luego percibir en veintidós meses la cantidad de 231,75 euros, que lo hace en el mes de diciembre de 2005, no puede implicar que la demandante haya venido durante la percepción del subsidio desarrollando trabajos por cuenta propia, pues poco trabajo ha podido desempeñar. No se trata de que los ingresos desde luego sean escasos, sino de negar la actividad a la que no se puede asimilar percibir una comisión por mediar en la concertación de un seguro, sin que tan siquiera conste la fecha en que ejerció la actividad de mediadora, que no tiene que coincidir necesariamente con la data del pago de la comisión. Es por lo expuesto que el recurso ha de estimarse, para acoger, conforme se solicita, la pretensión subsidiaria deducida en la demanda, reduciendo el cobro indebido al mes de diciembre de 2005».

Y es que, en el supuesto examinado, sí consta que la actora no ha realizado actividad de clase alguna en el periodo cuestionado, teniendo en cuenta que, conforme al precepto examinado, es incompatible con la prestación y el subsidio el trabajo, pero no la percepción de los ingresos de él derivados. En consecuencia, el recurso ha de ser estimado y revocada la resolución de instancia.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) *Requisitos de acceso a la protección*

Pensiones y principio de igualdad por razón de sexo

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de octubre de 2011, IL J 1261/2011**, se pronuncia sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, a propósito de una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del art. 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174). Esta petición se presenta en el marco de un litigio entre la Sra. Brachner y la Pensionsversicherungsanstalt (organismo de pensiones de jubilación austríaco)

relativo al incremento del importe de la pensión de jubilación de la demandante con arreglo al régimen de actualización de las pensiones establecido para el año 2008.

En relación con este tema, se plantean al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 4 de la Directiva [79/7] en el sentido de que la prohibición de discriminación prevista en el apartado 1 de dicha disposición también se aplica al sistema de actualización anual (revalorización) de las pensiones establecido en la normativa sobre el seguro legal de pensiones?»

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿debe interpretarse el artículo 4 de la Directiva [79/7] en el sentido de que se opone a una disposición nacional sobre la actualización anual de las pensiones que establece para un determinado grupo de beneficiarios de pensiones mínimas un incremento potencialmente inferior al previsto para otros beneficiarios de pensiones, en la medida en que dicha norma afecta de manera negativa a un 25% de los hombres pensionistas y a un 57% de las mujeres pensionistas y no existe una razón objetiva que lo justifique?»

3) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión, ¿puede justificarse el trato menos favorable dado a las mujeres pensionistas al calcular el incremento anual de sus pensiones por el hecho de que éstas accedan antes a la pensión de jubilación y/o porque perciben su pensión durante un período de tiempo más prolongado y/o por el hecho de que el nivel de referencia para la obtención de unos ingresos mínimos previstos por el Derecho social (nivel de referencia a efectos del suplemento compensatorio) se haya elevado por encima de lo que correspondería proporcionalmente, cuando las disposiciones relativas a la concesión de unos ingresos mínimos previstos por el Derecho social (suplemento compensatorio) establecen que se han de tener en cuenta los demás ingresos propios del pensionista así como los ingresos de su cónyuge si convive con él, mientras que, en el caso de los demás beneficiarios de una pensión, el incremento se produce sin que se computen los demás ingresos propios del pensionista ni los ingresos de su cónyuge?»

En primer lugar, el Tribunal declara que, tal y como se desprende de reiterada jurisprudencia, para que una prestación esté incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 debe constituir total o parcialmente un régimen legal de protección contra alguno de los riesgos enumerados en el artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, o una forma de ayuda social que tenga el mismo objetivo, y estar directa y efectivamente vinculada con la protección contra cualquiera de dichos riesgos (véase, entre otras, la sentencia de 16 de diciembre de 1999, Taylor, C-382/98, Rec. p. I-8955, apartado 14 y jurisprudencia citada). Aspecto éste que se da en este supuesto al tratarse de una prestación que, de un modo evidente, está directa y efectivamente vinculada con uno de dichos riesgos, a saber, el relativo a la vejez, en concreto el régimen de actualización anual de dicha pensión. En efecto, al igual que la propia pensión, la posterior actualización de ésta tiene por objeto proteger contra el riesgo de vejez a las personas que hayan alcanzado la edad legal de jubilación, garantizándoles que puedan disponer de los medios necesarios para cubrir, en particular, sus necesidades como personas jubiladas.

En cuanto a la segunda cuestión, el Tribunal declara que una legislación nacional como la controvertida en el litigio principal no supone una discriminación directa, dado que se

aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras. Por lo tanto, procede examinar si puede constituir una discriminación indirecta. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres (véase, entre otras, la sentencia de 16 de julio de 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho, C-537/07, Rec. p. I-6525, apartado 54 y jurisprudencia citada). Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que, habida cuenta de los datos estadísticos aportados ante el órgano jurisdiccional remitente y a falta de prueba en contrario, éste podría considerar fundadamente que dicho precepto se opone a una disposición nacional que implique excluir de un incremento extraordinario de las pensiones a un porcentaje considerablemente más elevado de mujeres pensionistas que de hombres pensionistas.

Respecto a la tercera cuestión, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una medida nacional que constituya discriminación indirecta porque, aunque esté formulada de manera neutra, su aplicación perjudica de hecho a un número muy superior de mujeres que de hombres es contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, a menos que dicha medida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Así sucede cuando los medios elegidos responden a una finalidad legítima de la política social del Estado miembro cuya legislación se cuestiona, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por ésta y son necesarios a tal fin (véase en este sentido, entre otras, la sentencia de 8 de febrero de 1996, Laperre, C-8/94, Rec. p. I-273, apartado 14 y jurisprudencia citada), y se aplica de forma coherente y sistemática (véase en este sentido, entre otras, la sentencia de 18 de noviembre de 2010, Georgiev, C-250/09 y C-268/09, Rec. p. I-0000, apartado 56 y jurisprudencia citada).

En primer lugar, en lo relativo al motivo de justificación basado en que las trabajadoras tienen acceso a la pensión a una edad menos avanzada, por lo que el nivel de sus cotizaciones es generalmente menos elevado que el de los trabajadores de sexo masculino, lo que explica que las trabajadoras perciban pensiones con un importe medio más bajo. Sin embargo, este motivo no puede justificar en ningún caso la exclusión de las mujeres que perciben una pensión mínima del incremento extraordinario de las pensiones previsto por el régimen de actualización controvertido en el litigio principal, dado que el mismo regula una adaptación de las pensiones al objeto de mantener el poder adquisitivo de éstas a la vista de la evolución de los precios al consumo, por lo que dicha adaptación no constituye una prestación en contrapartida de las cotizaciones abonadas.

En segundo lugar, se ha justificado en el hecho de que las mujeres que han trabajado perciben sus pensiones durante un período de tiempo más prolongado debido a que las mujeres tienen en promedio una mayor esperanza de vida. Sin embargo, el objetivo de dicho régimen de actualización consiste, como se ha dicho, en garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones a la vista de la evolución de los precios al consumo, por lo que no guarda relación alguna con el del motivo de justificación alegado, el cual está dirigido a salvaguardar el equilibrio económico entre las cotizaciones y las prestaciones a la hora de fijar el importe de estas últimas.

El tercer motivo dirigido a justificar la exclusión de las pensiones mínimas del incremento extraordinario previsto para el año 2008 por el régimen de actualización controver-

tido en el litigio principal se refiere a que no es necesario conceder un incremento extraordinario en caso de que los titulares de una pensión y sus cónyuges dispongan globalmente de medios suficientes para no caer por debajo del mínimo social, pero este argumento no puede alegarse como justificación objetiva de la diferencia de trato entre las personas que perciben una pensión mínima y las que son titulares de una pensión de importe superior, en la medida en que estas últimas disponen por definición, gracias al mero importe de sus pensiones, de medios suficientes (véase, por analogía, la sentencia de 13 de diciembre de 1989, Ruzius-Wilbrink, C-102/88, Rec. p. 4311, apartado 16).

Sin embargo, en la medida en que la elevación extraordinaria del nivel de referencia a efectos del suplemento compensatorio se alega para justificar la exclusión de los beneficiarios de pensiones mínimas del incremento extraordinario previsto por el régimen de actualización controvertido en el litigio principal, aduciendo que esa elevación tiene la finalidad de compensar los efectos de tal exclusión, la citada regla de globalización de los ingresos ha de ser igualmente justificable con respecto al objetivo de dicho régimen de actualización. Pues bien, no es el caso, porque no existe relación alguna entre dicha regla de globalización de los ingresos y el objetivo del citado régimen de actualización, el cual, como ya se ha indicado, consiste en garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones a la vista de la evolución de los precios al consumo.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara, primero, que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que un régimen de actualización anual de las pensiones como el controvertido en el litigio principal está incluido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva y, por lo tanto, está sometido a la prohibición de discriminación establecida en el artículo 4, apartado 1, de la misma Directiva. Segundo, que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que, habida cuenta de los datos estadísticos aportados ante el órgano jurisdiccional remitente y a falta de prueba en contrario, éste podría considerar fundadamente que dicho precepto se opone a una disposición nacional que implique excluir de un incremento extraordinario de las pensiones a un porcentaje considerablemente más elevado de mujeres pensionistas que de hombres pensionistas. Y tercero, que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que, si en el marco del análisis que debe realizar el órgano jurisdiccional remitente para responder a la segunda cuestión, éste llegara a la conclusión de que, realmente, un porcentaje considerablemente más elevado de mujeres pensionistas que de hombres pensionistas pudo sufrir una desventaja debido a la exclusión de las pensiones mínimas del incremento extraordinario previsto por el régimen de actualización controvertido en el litigio principal, dicha desventaja no puede justificarse por el hecho de que las mujeres que han trabajado accedan antes a la pensión de jubilación, que perciban su pensión durante más tiempo ni que el nivel de referencia a efectos del suplemento compensatorio también se haya elevado extraordinariamente para el mismo año 2008.

Principio de igualdad y jubilación forzosa

Por otra parte, también en relación con el principio de igualdad de trato se pronuncia la **Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea de 21 de julio de 2011 (IL J**

1258/2011). Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16).

En la Sentencia se pone de relieve, en primer término, que, a efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1. No obstante, la Directiva prevé (art. 2) que «los Estados miembros podrán disponer que no constituirán discriminación por motivos de edad, la determinación, para los regímenes profesionales de seguridad social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas, incluidos el establecimiento para dichos regímenes de distintas edades para trabajadores o grupos o categorías de trabajadores y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales, siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo».

Sin embargo, el órgano jurisdiccional alemán remitente de la cuestión prejudicial alberga dudas en relación con la jubilación forzosa. En concreto, en el supuesto particular que se plantea, alberga dudas en cuanto a la compatibilidad del límite de edad establecido para el ejercicio de las funciones de fiscal con el artículo 6 de la Directiva 2000/78 en particular. A su entender, una jubilación forzosa a la edad de 65 años de las personas que ejercen estas funciones constituye una discriminación por razón de la edad contraria a las disposiciones de la Directiva 2000/78.

El órgano jurisdiccional remitente expone que la disposición alemana controvertida se introdujo en un momento en el que se consideraba que la aptitud laboral pasaba a ser insuficiente a partir de esa edad. Aduce que, en la actualidad, algunos trabajos de investigación demuestran que esa aptitud varía de una persona a otra. Además, señala que la prolongación de la duración de la vida condujo al legislador, respecto a los funcionarios en el ámbito federal y los trabajadores por cuenta ajena del sector privado, a retrasar a los 67 años el límite de la edad general de jubilación y de adquisición del derecho a pensión. Asimismo, la HBG dispone que los funcionarios nombrados a raíz de una elección pueden ejercer sus funciones hasta la edad de 71 años. Según el órgano jurisdiccional remitente, de las observaciones del Land Hessen que acompañan a la HBG en su versión de 1962 se desprende que dicha Ley tenía por objeto favorecer el empleo de los más jóvenes y garantizar así una estructura de edad apropiada. A su entender, no obstante, tal finalidad no constituye una justificación objetiva, dado que no existe un criterio suficientemente preciso en el Derecho nacional para que una estructura de edad pueda calificarse de favorable o desfavorable. A su entender, tal objetivo no sirve al interés general, sino al interés individual del empleador. En cualquier caso, el Land Hessen no expuso la naturaleza ni las razones de la estructura de edad que considera apropiadas. Las cifras suministradas por él acreditan que una parte notable de los efectivos de la fiscalía se compone ya de personas jóvenes. El órgano jurisdiccional remitente añade que estudios recientes demuestran que no existe correlación entre la jubilación forzosa de las personas que han alcanzado el límite de edad y la entrada en la profesión de personas más jóvenes. Dicho órgano jurisdiccional se pregunta asimismo si cifras que únicamente se refieren al Land de Hessen y, dentro de ese Land, a los funcionarios sujetos al Derecho público, que sólo representan una pequeña fracción de los agentes de dicho Land

y de los trabajadores por cuenta ajena del Estado miembro afectado, pueden demostrar la existencia de un objetivo de interés general y si tal objetivo no exige situarse en un nivel más elevado, concretamente en el nivel del conjunto de funcionarios y agentes del Land Hessen, incluso del conjunto de funcionarios y agentes de dicho Estado miembro. El órgano jurisdiccional remitente añade que las jubilaciones de los fiscales no dan siempre lugar a contrataciones para proveer los puestos que han pasado a estar vacantes. Sugiere que, de este modo, el Land Hessen pretende efectuar ahorros presupuestarios. Además, considera que determinadas medidas no son coherentes. Así ocurre en particular con la posibilidad de mantener en activo al trabajador por cuenta ajena hasta la edad de 68 años a pesar de una presunción irrefutable de incapacidad para el servicio a partir de la edad de 65 años, con el freno a las jubilaciones voluntarias antes de esta última edad y con el aumento de la edad de jubilación ya previsto en determinadas disposiciones legales.

En la Sentencia, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

- 1) La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, no se opone a una Ley, como la Ley relativa a la función pública del Land de Hesse (Hessisches Beamtengesetz), modificada por la Ley de 14 de diciembre de 2009, que establece la jubilación forzosa de los funcionarios vitalicios, concretamente de los fiscales, cuando éstos han alcanzado la edad de 65 años, aunque les permita seguir trabajando hasta la edad máxima de 68 años, si el interés del servicio lo requiere, siempre que esta Ley tenga por objetivo establecer una estructura de edades equilibrada para favorecer el empleo y la promoción de los jóvenes, optimizar la gestión del personal, así como prevenir los posibles litigios relativos a la aptitud del empleado para ejercer su actividad superada cierta edad, y que permita alcanzar dicho objetivo por medios adecuados y necesarios.
- 2) Para demostrar el carácter adecuado y necesario de la medida de que se trata, ésta no debe resultar irrazonable en relación con el objetivo perseguido y debe basarse en elementos cuyo valor probatorio corresponde apreciar al juez nacional.
- 3) Una Ley, como la Ley relativa a la función pública del Land de Hesse, modificada por la Ley de 14 de diciembre de 2009, que prevé la jubilación obligatoria de los fiscales cuando éstos han alcanzado la edad de 65 años, no presenta un carácter incoherente por el mero hecho de que les permita en algunos casos trabajar hasta los 68 años, por que contenga, además, disposiciones dirigidas a frenar las jubilaciones antes de la edad de 65 años y porque otras disposiciones legislativas del Estado miembro en cuestión prevean el mantenimiento en activo de determinados funcionarios, en particular de algunos cargos electos, más allá de dicha edad, así como un aumento progresivo de la edad de jubilación de 65 a 67 años.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que no vulnera el principio de no discriminación la imposición de la jubilación forzosa de funcionarios vitalicios al alcanzar una determinada edad siempre que la finalidad perseguida con dicha medida sea establecer un equilibrio de edades para favorecer el empleo y promoción de jóvenes, optimizar la gestión de personal y evitar conflictos de aptitud del empleado para ejercer su actividad.

Jubilación parcial y contrato de relevo

En la **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 30 de mayo de 2011 (IL J 1154/2011)** se plantea si procede el reconocimiento de la jubilación parcial a un trabajador que es contratado como relevista fijo y que, encontrándose en situación de pluriactividad, se encuentra dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. En el asunto examinado el trabajador relevista tenía concertado un contrato de trabajo temporal, eventual por circunstancias de la producción, con la empresa, a tiempo completo, desde el 5 de enero de 2006, por lo que reunía los requisitos establecidos en el artículo 12.7.a) del Estatuto de los Trabajadores para suscribir un contrato de relevo, procediendo, en consecuencia, al no discutirse la concurrencia de los demás requisitos exigidos, reconocer la jubilación parcial al demandante.

El Tribunal Supremo declara que, en base a la regulación contenida en el art. 12.7 ET y en el art. 10.b) del RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la seguridad social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, no empece al reconocimiento de la jubilación parcial el hecho de que el trabajador relevista figurara de alta en el RETA, como socio titular de un negocio. Considera el TS que no aparece en la regulación del contrato de relevo norma alguna que exija que, en el supuesto de que el trabajador tuviera concertado con la empresa un contrato de duración determinada, éste sea el único contrato que tenga dicho trabajador. En efecto, no hay previsión alguna que impida celebrar un contrato de relevo si el trabajador tuviera otro contrato a tiempo parcial con otra empresa, o desarrollara una actividad como trabajador autónomo o cualquier otra forma de prestación de sus servicios. La finalidad de la norma se satisface con la contratación del trabajador relevista y la transformación de su contrato eventual por circunstancias de la producción en un contrato de carácter indefinido, supone el cumplimiento de uno de los objetivos de la ley, cual es lograr la estabilidad en el empleo, el conseguir empleo estable y de calidad.

B) Jubilación no contributiva

b) Requisitos generales

Unidad económica de convivencia

En la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 1 de junio de 2011 (IL J 1211/2011)** se resuelve sobre la procedencia o no de la pensión de jubilación no contributiva que le había sido reconocida en fecha que le había sido extinguida al recurrente en base a que los recursos de la unidad de convivencia superaban los límites legales para el percibo de dicha pensión, reclamándole el reintegro de lo que se estimaba indebidamente percibido.

Según resulta acreditado, la actora convive con su esposo en el domicilio en el que también consta empadronado el hijo de ambos, D. Virgilio, declarado judicialmente incapaz por padecer un retraso mental ligero, que dio origen a que por el EVO del Centro Base de Minusválidos se le reconociese una minusvalía del 65%. D. Virgilio ingresó en la Asociación ASPADEC, siendo atendido diariamente en los Talleres Ocupacionales, y puesto que su domicilio se encuentra en otra localidad, no pudiendo desplazarse todos los días a

los Centros de ASPADEC, durante los días laborables se aloja, junto con otros asociados que también viven fuera, en la vivienda tutelada, contrariamente a lo que acontece con los usuarios que residen en la localidad, los cuales viven en sus respectivos domicilios. Así mismo, durante los fines de semana, puentes, vacaciones y mes de agosto, se desplaza a su domicilio, lo que es acorde con su discapacidad, precisando de todo contacto posible con su familia y con su entorno, permaneciendo durante temporadas en el domicilio familiar, bien a petición propia o de la familia. En orden a la atención recibida en la vivienda tutelada, es la familia la que se encarga de la preparación de sus enseres (vestimenta, útiles de aseo, viajes y administración económica), así como en lo relativo al acompañamiento a profesionales de la salud, atención hospitalaria, etc, encargándose igualmente la familia de que participe en actividades deportivas, de ocio y de tiempo libre; asumiendo el coste y la organización. Aportando los padres el 75% de los ingresos de su hijo correspondientes a la prestación familiar por hijo a cargo, por los servicios recibidos en el Centro Ocupacional y en la vivienda tutelada.

Por Resolución de de la Delegación Provincial de Guadalajara de la Consejería de Salud y Bienestar Social, de fecha 15-03-2010, se procedió a extinguir la prestación de jubilación no contributiva que desde el 30-3-2000, y por importe de 69.580 pts., le había sido reconocida a la accionante, y ello por entender que su hijo no debía ser considerado como integrante de la unidad económica de convivencia, de lo que se derivaba el que los recursos de dicha unidad, integrada tan solo por la demandante y su esposo, superaban los límites legales fijados para el percibo de tal prestación, reclamando igualmente el reintegro de lo que se consideraba indebidamente percibido.

De la jurisprudencia del Tribunal Supremo (véase la muy interesante STS de 9-2-2005 (RJ 2005\2598), dictada en unificación de doctrina) se deriva que la convivencia con relevancia jurídica a los efectos limitativos que establece el precepto, exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de una convivencia de carácter familiar 2. Consecuencia lógica de ese carácter familiar es que la convivencia se produzca en el espacio físico propio de la vida en familia. Es decir, que salvo supuestos excepcionales, se desarrolle en el ámbito de un hogar, que será normalmente el domicilio o vivienda del pariente o parientes que acogen a los restantes. 3. Y finalmente, que exista una dependencia o intercomunicación económica —«unidad económica», en expresión legal— entre los miembros de la unidad familiar.

En este caso, la Sentencia declara que sí que existía un referente material común anterior al ingreso del hijo de la actora en la Asociación ASPADEC, ya que el hijo convivía con los padres en el domicilio familiar. Y además, también existía una unidad económica, en cuanto que son los padres los que se hacían cargo del hijo, y continúan haciéndolo en la actualidad, tal y como se constata en los hechos probados de la sentencia impugnada.

En consecuencia, se declara la procedencia de la prestación de jubilación no contributiva y la no procedencia del reintegro de prestaciones. La unidad de convivencia familiar está formada por la accionante, su marido y su hijo con minusvalía, el cual aunque vive en un centro de la asociación Aspadec, regresa al domicilio los fines de semana, vacaciones y cuando la familia lo considera oportuno, siendo el mantenimiento de dicho hijo a cargo de los padres. Así considerado los recursos de la unidad de convivencia no superan los límites legales, por lo que no procede la devolución de prestaciones y no procede la extinción de la pensión.

D) Previsión social voluntaria

a) Mejoras voluntarias

Indemnización por jubilación anticipada parcial

Sobre la procedencia de una indemnización por jubilación anticipada parcial prevista en convenio colectivo como mejora voluntaria se pronuncia la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 8 de junio de 2011 (ILJ 1221/2011)**.

Se plantea ante la Sala el reconocimiento al recurrente del derecho a percibir la indemnización por jubilación anticipada parcial prevista en el artículo 40 del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de León. Sobre esta cuestión, la Sala se ha pronunciado ya en anteriores Sentencias en sentido desfavorable a las pretensiones del recurrente. Así, en la sentencia de 25 de mayo de 2011 (rec. 619/11) se discute si el trabajador que accede a la jubilación parcial antes de cumplir los 65 años tiene derecho a percibir la «indemnización por jubilación anticipada» regulada en el convenio colectivo, cuando menos en cuantía proporcional a la reducción de jornada pactada, para lo cual habría de entenderse que el término de «jubilación anticipada» utilizado en el mismo comprende los supuestos de jubilación parcial con anterioridad a los 65 años. Dicha cuestión ha de resolverse negativamente, desde el momento en que el texto del convenio colectivo, que constituye la pauta a la que hemos de atenernos, diferencia entre jubilación anticipada y después se refiere, con una regulación distinta, a la jubilación parcial. A ello ha de sumarse la doctrina recientemente sentada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencias de 20 de diciembre de 2010 (RCUD 2747/2009) y 19 de enero de 2011 (RCUD 2112/2010), casando precisamente la primera de ellas la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura relativa al convenio colectivo del Ayuntamiento de Coria que cita el recurrente como apoyo de su tesis. Nos dice el Tribunal Supremo que para resolver la cuestión hemos de atenernos a lo expresamente pactado en el convenio colectivo de aplicación, de forma que, según el Tribunal Supremo, bajo el término «jubilación anticipada» no cabe incluir, salvo que del texto convencional se deduzca que se ha pactado otra cosa, los supuestos de jubilación parcial.

En definitiva hay que tener en cuenta que cuando el convenio colectivo «premia» la jubilación anticipada está pensando en incentivar una modalidad de acceso a la pensión que supone para el trabajador una minoración definitiva de su cuantía y para la empresa la baja total y definitiva del trabajador en la plantilla, esto es, un conjunto de consecuencias para las partes que no son las mismas que se producen en el caso de jubilación parcial, en el cual en el momento del acceso a la jubilación completa se produce un recálculo de la pensión y además el trabajador continúa trabajando parte de la jornada. Ello exigiría una previsión expresa del convenio colectivo para incluir esta jubilación parcial en el sistema de incentivos de la jubilación anticipada, sin que en el convenio de que aquí se trata así ocurra, ni se haya dispuesto que se le abone al jubilado parcial un porcentaje de la indemnización atendiendo a la parte de la jornada que deja de realizar, sin que pueda interpretarse tampoco el precepto convencional en el sentido de que tenga derecho a percibir la totalidad de la indemnización fijada quien no cesa totalmente en su trabajo.

El mismo pronunciamiento se contiene en la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 8 de junio de 2011 (IL J 1222/2011)**.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

C) Lesiones permanentes no invalidantes

La **STS de 13 de julio de 2011**, IL J 1286/2011, aclara que, cuando se trata de lesiones permanentes no invalidantes derivadas de enfermedad profesional, se considera en alta al trabajador cualquiera que sea el momento en que aparezcan y se concreten las secuelas. El TS gira su razonamiento en torno a la idea de que el «accidente de trabajo y la enfermedad profesional son objeto de un tratamiento privilegiado en la normativa que nos ocupa por tratarse de contingencias estrictamente ligadas a la condición del sujeto amparado por un conjunto de normas, tanto laborales como de seguridad social que sin perder de vista otros ámbitos ajenos al trabajo en los que pudiera verse afectada la salud del trabajador y su capacidad, bien como sujeto productivo, bien en cuanto a su aptitud para desenvolverse en las condiciones de vida ordinaria». Por ello, en aras de una menor aleatoriedad en el caso del accidente de trabajo es doctrina consolidada la determinación del hecho causante en función de la fecha del acontecimiento dañoso que motivó la posterior declaración de incapacidad, lo cual ha venido deslindando en tales términos ámbitos de responsabilidad de diferentes entidades aseguradoras. En el caso de la enfermedad profesional es obvio que «no cabe establecer una fecha inicial en los términos del accidente de trabajo pero no es menos cierto que por su propia naturaleza sólo puede adquirirse en tanto mantuvo su actividad profesional, durante la que rige la presunción de alta de pleno derecho con arreglo al artículo 125.3 de la Ley General de la Seguridad Social»; precepto que, «por encontrarse en el Capítulo comprensivo de normas que rigen las condiciones generales de las prestaciones sin estar limitada al régimen de invalidez permanente no sugiere una interpretación restrictiva del mismo por lo que la consideración de alta debe amparar las consecuencias que se deriven aun cuando éstas no resulten apreciadas hasta transcurrido un tiempo entre la finalización de la actividad y la concreción de las secuelas». Una interpretación de la norma en otro sentido impediría su reconocimiento cuando haya transcurrido un lapsus temporal ente la adquisición de la enfermedad profesional y las lesiones derivadas de la misma.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
M.^a NIEVES MORENO VIDA
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES
JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS
JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA
SUSANA DE LA CASA QUESADA

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CUESTIONES PRELIMINARES.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

La presente crónica tiene por objeto dar cuenta de los principales pronunciamientos judiciales que en relación con el Derecho Administrativo Laboral han aparecido en los últimos meses, en concreto, los publicados en la revista *Información Laboral*, números 9, 10 y 11 de 2011. Pues bien, lo cierto es que durante el período referenciado no ha sido publicado ningún pronunciamiento sobre la materia; así las cosas, tan sólo restaría referirse a los eventuales cambios normativos que se hayan podido producir.

Al respecto, la referencia obligada la constituye, sin duda alguna, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 11 de febrero). En efecto, al margen de la repercusión que ha tenido en el repliegue del intervencionismo administrativo en las relaciones laborales (supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos y en las suspensiones y reducciones de jornada por causas empresariales), tanto en el plano sustantivo, como en el procesal, interesa destacar una pequeña modificación en el texto de la LISOS.

En efecto, el art. 18 del RDL 3/2012, en su ordinal «trece» modifica el apartado 14 del art. 8 LISOS, que queda redactado del modo siguiente: «El incumplimiento por el empresario de la obligación establecida en el apartado 10 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario en el marco de los procedimientos de despido colectivo».

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

XII. EL PROCESO LABORAL

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA.
 - A) **Personal laboral de la administración pública.**
 - B) **Contratación administrativa.**
 - C) **Accidente de trabajo. Pluralidad de demandados.**
 - D) **Agente de seguros.**
3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA.
 - A) **Seguridad Social. Inscripción de empresas.**
 - B) **Inexistencia de relación laboral.**
 - a) Contrato de agencia vs. representante de comercio.
 - b) Becarios.
 - C) **TRADE.**
 - D) **Impugnación de ERE.**
4. CONCILIACIÓN PREVIA. EFICACIA.
5. ACUMULACIÓN DE ACCIONES.
6. EXCEPCIONES.
 - A) **Inadecuación de procedimiento.**
 - B) **Prescripción.**
 - C) **Caducidad.**
 - D) **Falta de legitimación activa.**
7. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. DENEGACIÓN.
8. SENTENCIA. INCONGRUENCIA.
9. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN.
 - A) **Trabajador extranjero sin permiso de trabajo.**
 - B) **Limitación. El reconocimiento de improcedencia hay que comunicarlo al trabajador.**
 - C) **Exención.**

D) Descuentos.

- a) Trabajadora embarazada.
- b) Prestaciones de desempleo.

- 10. RECURSO DE SUPPLICACIÓN. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR.
 - 11. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. FALTA DE CONTRADICCIÓN.
 - 12. RECURSO DE CASACIÓN. INFRACCIÓN DE LEY.
 - 13. RECURSO DE REVISIÓN. SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA.
-

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 9 al 11 (ambos inclusive) del año 2011 de la *Revista Información Laboral*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Personal laboral de la administración pública

La **STSJ de Extremadura de 7 de junio de 2011**, IL J 1218/2011, señala que la jurisdicción social es competente para conocer de una reclamación de cantidad interpuesta como consecuencia del descuento salarial practicado por la Administración, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. La competencia de la jurisdicción social es clara, toda vez que el demandante era personal laboral que prestaba servicios para la Junta de Extremadura en virtud de un contrato de trabajo y, en consecuencia, la reclamación de salarios debe considerarse como una controversia surgida como consecuencia del contrato de trabajo.

B) Contratación administrativa

En un procedimiento de despido procede declarar la competencia de la jurisdicción social, pese a que el contrato extinguido se había celebrado al amparo del Real Decreto legislativo 2/2000 que aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Así lo considera la **STS de 21 de julio de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1295/2011. El pronunciamiento considera que la norma administrativa prevé que el sujeto al que se contrata disponga de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la ejecución del contrato, cosa que no ocurre, según el TS, cuando se contrata a un profesional que presta servicios insertado en el marco organizativo proporcionado por la Administración contratante.

C) Accidente de trabajo. Pluralidad de demandados

La **STS de 21 de septiembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1356/2011, analiza la competencia de la jurisdicción social para conocer de una acción indemnizatoria derivada de accidente de trabajo, cuando se demanda al empleador y a otros codemandados que no han tenido relación contractual ni con el trabajador ni con su empleador. El TS considera competente a la jurisdicción social debido (i) al principio procesal que impide la división de la causa de pedir; (ii) a la obligación del empleador de garantizar la salud de los trabajadores; y (iii) a la vinculación del pleito con el contrato de trabajo.

D) Agente de seguros

La **STS de 21 de junio de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1249/2011, considera que reúne las notas de laboralidad la relación de quien, pese a estar formalmente contratado mediante un contrato de agencia, presta servicios para una entidad aseguradora en régimen de: (i) ajenidad, al ser la empresa la que con carácter anticipado se apropia de la utilidad patrimonial, y (ii) dependencia, ya que pese a no estar sometido a horarios o jornada, la empresa encargaba mensualmente el trabajo y asignaba las zonas de visita. El demandante asistía periódicamente al centro de trabajo y participaba en reuniones de coordinación y formativas; recibía ingresos fijos y la empresa le compensaba el abono de las cuotas de Seguridad Social; debía justificar sus ausencias; recibía instrucciones y era amonestado ante las quejas de clientes.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA**A) Seguridad Social. Inscripción de empresas**

La **STC 146/2011, de 26 de septiembre de 2011**, IL J 1262/2011 analiza en una cuestión de inconstitucionalidad la exclusión del conocimiento del orden social de las resoluciones dictadas en materia de «inscripción de las empresas» establecida en el art. 3.1.b) LPL. El TC reitera lo expuesto en su **STC 121/2011** y declara que la decisión del legislador de hacer prevalecer, a efectos de la necesaria delimitación entre el orden social y el contencioso-administrativo, la dimensión administrativa del acto de inscripción de las empresas en la Seguridad Social, no constituye motivo de inconstitucionalidad ni puede calificarse como arbitraria. Al contrario, el legislador ha decidido extender el ámbito de conocimiento del orden contencioso-administrativo al conocimiento de todas aquellas actuaciones relacionadas con la percepción y recaudación de cotizaciones; y, en cambio, atribuir al orden social el conocimiento de los actos de gestión de las prestaciones. En idéntico sentido se pronuncia la **STC 147/2011, de 26 de septiembre**, IL J 1263/2011.

B) Inexistencia de relación laboral*a) Contrato de agencia vs. representante de comercio*

En un procedimiento por despido, la **STSJ de Extremadura de 31 de mayo de 2011**, IL J 1210/2011, analiza si se dan las notas de laboralidad en la prestación del que había sido

contratado como representante de comercio. La sentencia declara la incompetencia del orden social, al considerar que la principal diferencia entre un representante de comercio y un agente es la dependencia del primero frente a la independencia del segundo. Independencia que, por otra parte, es compatible con ciertas órdenes o instrucciones (i.e. entrega de listado de productos, de precios) de la empresa, por cuanto el agente debe promover y concluir operaciones en nombre de ésta.

b) Becarios

La **STSJ de Madrid de 22 de junio de 2011**, IL J 1326/2011, declara la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de una demanda de despido interpuesta por un becario. La finalidad de la beca es la de incrementar la formación teórico-práctica del becario sin beneficio lucrativo para la empresa, y tal relación no reúne las notas definitorias de la relación laboral ordinaria aunque, como en este caso, el becario hubiera desarrollado la beca en un horario de ocho horas diarias, en las instalaciones de la empresa, utilizando los medios de transporte de la empresa y conforme a las instrucciones de ésta. La sentencia mantiene que la dotación económica de la beca autoriza a ejercer un cierto control sobre la actividad del becario y a exigirle el cumplimiento de ciertas obligaciones, sin que eso convierta la relación en laboral.

C) TRADE

La **STS de 11 de julio de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1281/2011, declara incompetente el orden social para conocer de aquellas reclamaciones derivadas del cese de la relación existente entre un trabajador autónomo y la empresa, por considerar que, aun concurriendo los requisitos sustantivos para ser TRADE, en el momento del cese no había transcurrido el plazo para la adaptación del contrato, ni se había comunicado al cliente la situación de dependencia. La sentencia tiene un voto particular que considera que no existe amparo normativo para considerar que el cumplimiento de los requisitos formales del contrato de TRADE sea constitutivo, y que tal interpretación es contraria a lo previsto en los artículos 1278 y 1279 del CC. Esto es, el incumplimiento de una obligación de comunicación no puede modificar el régimen jurídico aplicable a la relación entre el trabajador autónomo y el cliente, ni menos aún la competencia jurisdiccional. En la misma línea y con idéntico voto particular se pronuncia la **STS de 12 de julio de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1283/2011.

D) Impugnación de ERE

La **SAN de 27 de octubre de 2011**, IL J 1372/2011, reitera que la jurisdicción social no es competente cuando la pretensión contenida en la demanda se vincula al contenido del acuerdo alcanzado en el ERE (homologado por la Autoridad Laboral). En el supuesto de autos se había planteado conflicto colectivo solicitando el abono de unas primas derivadas del convenio colectivo. No obstante, en el acuerdo del ERE se acordó un procedimiento de movilidad funcional que implicaba la pérdida de dichas primas. La AN señala que la jurisdicción social es incompetente para conocer del contenido de dicho acuerdo alcanzado en el seno de un ERE, remitiendo la cuestión a la jurisdicción contencioso-administrativa.

4. CONCILIACIÓN PREVIA. EFICACIA

La **STSJ de Madrid de 13 de junio de 2011**, IL J 1223/2011, analiza la posible resolución del acuerdo alcanzado en conciliación judicial. En el caso de autos, la empresa había incumplido parcialmente el acuerdo al no realizar el pago de las cantidades convenidas en la fecha acordada. El TSJ considera que, para que se produzca el efecto resolutorio del acuerdo transaccional, se debió pactar expresamente que el incumplimiento de la fecha de pago determinaría la nulidad de lo acordado. En caso contrario, y al no mediar un vicio de consentimiento, no procede declarar la nulidad del acuerdo transaccional.

5. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

La **STS de 20 de septiembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1247/2011, recuerda la doctrina ya unificada de la Sala en virtud de la cual, cuando la acción de extinción del contrato *ex art. 50 ET* se fundamente en la vulneración de un derecho fundamental, es posible acumular a dicha acción la solicitud de una indemnización adicional por la lesión del derecho fundamental.

6. EXCEPCIONES

A) Inadecuación de procedimiento

La **STSJ de Cataluña de 16 de junio de 2011**, IL J 1227/2011, analiza un supuesto en el que varios trabajadores, afiliados a un sindicato, habían sido objeto de un despido que fue considerado nulo por la sentencia de instancia. Durante la tramitación del recurso de suplicación, la empresa optó por abonar el salario a los trabajadores despedidos, pero eximiéndoles de prestar servicios. Durante dicho periodo, la empresa denegó el acceso al local sindical a tales trabajadores. Frente a dicha denegación, los trabajadores afectados iniciaron un procedimiento de tutela de la libertad sindical. La empresa, por su parte, alegó la excepción de inadecuación del procedimiento, ya que entendía que ese conflicto debía haberse sustanciado a través del incidente de ejecución de sentencia por readmisión irregular. La sentencia comentada concluye que la modalidad procesal elegida por los demandantes (de tutela de la libertad sindical) es la correcta para resolver el caso enjuiciado. La **STS de 22 de septiembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1357/2011, establece que cuando lo pretendido en la demanda no puede satisfacerse mediante la mera interpretación del precepto invocado del convenio colectivo, sino que sería necesario anular y modificar dicho precepto, la modalidad procesal adecuada es la de impugnación de convenio colectivo y no la de conflicto colectivo.

B) Prescripción

La **STSJ de Galicia de 17 de junio de 2011**, IL J 1312/2011, declara que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción para reclamar el recargo sobre la prestación de incapacidad permanente por falta de medidas de seguridad comienza en la fecha de la

resolución firme que reconozca la prestación respecto de la cual se solicita que se aplique el mencionado recargo. Por su parte, la **STSJ de Asturias de 1 de julio de 2011**, IL J 1379/2011, establece que el plazo de prescripción para solicitar una indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo se debe considerar interrumpido por la demanda ante el orden contencioso-administrativo interpuesta por el trabajador, en la que reclamaba la responsabilidad patrimonial de la administración por funcionamiento anormal del servicio público.

C) Caducidad

La **STS de 30 de junio de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1160/2011, analiza un supuesto en el que se alegaba la caducidad de la acción para impugnar, mediante conflicto colectivo, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, al haberse superado el plazo de 20 días hábiles previsto en el art. 59.4 ET. En concreto, en el caso enjuiciado la controversia estribaba en determinar si, aunque la empresa no había calificado formalmente su decisión como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, había cumplido materialmente el procedimiento establecido en el art. 41 ET (en cuyo caso sería de aplicación el mencionado plazo de caducidad) o, si por el contrario, debía entenderse que la empresa no había cumplido dicho procedimiento (en cuyo caso sería de aplicación el plazo general de prescripción de un año). La Sala consideró que en el caso analizado los representantes de los trabajadores habían tenido ocasión de conocer la intención de la empresa, los motivos alegados para justificar la modificación propuesta, así como la posibilidad de participar en el proceso, aportando propuestas y mostrando su rechazo. Por ello, se concluye que la serie de reuniones mantenidas entre la empresa y los representantes de los trabajadores constituyó un marco adecuado para el desarrollo del procedimiento al que se refiere el art. 41 del ET, a pesar de que la empresa no lo calificara formalmente como tal. Como consecuencia de lo anterior, la Sala Cuarta del TS considera que el plazo de caducidad de 20 días hábiles era de aplicación al caso analizado.

D) Falta de legitimación activa

Las **SSTS —dos— de 30 de junio de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1276/2011 e IL J 1277/2011, declaran que un miembro del comité de empresa, elegido en una candidatura presentada por un sindicato, tiene legitimación activa para reclamar por vulneración de su derecho a la libertad sindical como consecuencia de la negativa injustificada de la empresa a permitirle hacer uso de su crédito horario.

7. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. DENEGACIÓN

La **STS de 20 de julio de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1253/2011, analiza la nulidad de actuaciones con fundamento en la denegación de una prueba a la parte actora. En el caso analizado, la prueba —interrogatorio de la parte— ya se había solicitado en la demanda, sin que la actora reiterara su práctica tras la fase de alegaciones. El TS estima el recurso de casación declarando que el Juzgado debió de dar una especial justificación de la denegación.

8. SENTENCIA. INCONGRUENCIA

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de julio de 2011**, IL J 1390/2011, en un pleito por despido, rechaza la incongruencia interna de la sentencia dictada en la instancia alegada por el recurrente, con fundamento en que el fallo de la sentencia —absolutorio— se basa en presupuestos fácticos distintos de los hechos probados de la sentencia. Razona el TSJ que, si bien puede decirse que la técnica constructiva de la sentencia recurrida es defectuosa (remisiones, tener por reproducidos documentos e introducir valoraciones fácticas en los fundamentos de derecho), sí se pueden extraer de aquélla las razones que llevaron al juzgador a desestimar la demanda.

9. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Trabajador extranjero sin permiso de trabajo

Procede la condena al abono de salarios de tramitación como consecuencia del despido improcedente de un empleado extranjero sin permiso de trabajo. Así lo ha entendido la **STS de 21 de junio de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1148/2011, por cuanto la normativa de extranjería aplicable al caso consagra la validez y eficacia del contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador y, en consecuencia, ante un despido improcedente éste tiene que devengar salarios de tramitación en igualdad de condiciones que cualquier otro trabajador.

B) Limitación. El reconocimiento de improcedencia hay que comunicarlo al trabajador

Reiterando la tesis contenida en la STS de 27 de octubre de 2009, la **STS de 19 de julio de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1291/2011, declara que los salarios de tramitación deben limitarse hasta la fecha en la que no sólo se consignó la indemnización, sino que se informó al trabajador de ello y del reconocimiento de improcedencia del despido. En el caso analizado, la empresa, tras el acto de conciliación extrajudicial, envió al juzgado de lo social un fax en el que comunicaba todos los datos de las partes, al tiempo que transfería el importe de la indemnización y de los salarios de tramitación hasta esa fecha. El juzgado comunicó tales circunstancias a la trabajadora, a instancias de la empresa, y el TS atribuye plena eficacia a dicha comunicación a los efectos de limitar el devengo de los salarios de trámite.

C) Exención

Sólo en el caso de que en las 48 horas siguientes se deposite la indemnización en el Juzgado de lo Social se exime a la empresa de los salarios de tramitación. Si la consignación se realiza pasado ese plazo, su importe debe comprender tanto la indemnización como los salarios devengados desde el despido hasta la fecha de la consignación; de no consignarse esta última partida, no se limitarán los salarios hasta dicha fecha. Esta es la conclusión que alcanza la **STS de 11 de julio de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1347/2011, en la que se citan muchas otras dictadas por la Sala.

D) Descuentos

a) Trabajadora embarazada

La **STSJ de Extremadura de 24 de mayo de 2011**, IL J 1190/2011, declara que los periodos de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y permiso de maternidad deben descontarse del devengo de los salarios de tramitación, pues durante los mismos no hay obligación de abonar salario alguno, y ello con independencia de haber recibido la correspondiente prestación.

b) Prestaciones de desempleo

La **STS de 19 de septiembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1351/2011, declara la incompatibilidad de la prestación por desempleo y el cobro de los salarios de tramitación, concretando que en todo caso esa incompatibilidad se circunscribe al periodo en el que se devengaron esos salarios, por lo que si la prestación de desempleo abarcó un periodo mayor, sólo se devolverá la cantidad que coincida con el periodo de tramitación devengado.

10. RECURSO DE SUPPLICACIÓN. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de julio de 2011**, IL J 1382/2011, declara que una empresa cuya demanda fue estimada en instancia está legitimada para recurrir en suplicación, al considerar que tiene un interés legítimo en que se estimen pretensiones de relevancia que fueron rechazadas en instancia. En concreto, se resuelve por la Sala un recurso de suplicación interpuesto por una empresa en materia de elecciones a representantes de los trabajadores. La empresa impugnó el preaviso del proceso electivo (i) por considerar que se estaban promoviendo elecciones en un lugar de prestación de servicios que no se debía calificar como centro de trabajo y (ii) por entender que no se había cumplido con el plazo de 30 días entre la convocatoria de las elecciones y su notificación a la empresa. La sentencia de instancia estimó la demanda de la empresa en base a la segunda alegación, rechazando la primera. La Sala entendió que la empresa tenía interés legítimo en recurrir en suplicación por la relevancia e implicaciones que se podían derivar de la primera de las pretensiones (determinación de centro de trabajo), de conformidad con lo previsto en el art. 1.5 ET.

**11. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.
FALTA DE CONTRADICCIÓN**

Las **STSS de 21 y 24 de junio de 2011**, ambas de la Sala Cuarta, IL J 1145/2011 y 1255/2011, respectivamente, desestiman los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos en sendos procedimientos por despido (uno disciplinario y otro objetivo), por considerar que los recursos interpuestos no cumplían con el requisito de la contradicción regulado en el art. 217 LPL. Estas sentencias afirman que el requisito de la contradicción de sentencias exige que las resoluciones que se comparen contengan pro-

nunciamentos distintos ante controversias esencialmente iguales. Aunque no se exija una identidad absoluta, sí se requiere una diversidad de decisiones pese a tratarse de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, pues lo que se requiere es que las doctrinas contrapuestas hayan llevado a resolver la misma cuestión de forma diferente. Y estos requisitos no se cumplían en los recursos interpuestos. Por otro lado, el TS recuerda que los fundamentos que han de compararse no son los de las sentencias, sino los de las pretensiones y resistencias formuladas por las partes.

12. RECURSO DE CASACIÓN. INFRACCIÓN DE LEY

El recurso de casación ordinario debe fundamentarse en la infracción de una norma del ordenamiento jurídico (sea ésta un precepto constitucional, una disposición legal o reglamentaria o una previsión contenida en un convenio colectivo estatutario) o de la jurisprudencia, que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. La **STS de 22 de junio de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1144/2011, desestima el recurso de casación por fundarse éste en la infracción de un acto administrativo de contenido informativo, en concreto, en una resolución de la Dirección General de la Inspección de Trabajo, de la que no constaba su publicación oficial, por lo que que más bien se trataba de una respuesta de ese organismo a una consulta que le fue planteada.

13. RECURSO DE REVISIÓN. SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA

La **STS de 27 de septiembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1363/2011, recuerda que en virtud del art. 86.3 LPL, los presupuestos para que una sentencia absolutoria dictada en el proceso penal actúe como motivo de revisión de una sentencia dictada en el proceso laboral son que la absolución se deba a la inexistencia del hecho punible o a que el sujeto no hubiera participado en el mencionado hecho. A continuación, el TS desestima el recurso de revisión planteado por la empresa por considerar que en el caso de autos (agresión física del socio de una empresa a un trabajador, que justifica la resolución indemnizada de su contrato de trabajo por la vía del artículo 50 ET) la absolución en el procedimiento penal vino determinada por una eximente, habiendo quedado probada la participación del sujeto interesado en el hecho punible.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
ÁLVARO NAVARRO CUÉLLAR
SERGIO PONCE RODRÍGUEZ
INÉS RÍOS GARCÍA

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. RECARGO DE PRESTACIONES.

- A) **Falta de medidas de protección individual.**
- B) **Falta de Plan de prevención por ineficaz.**
- C) **Falta de formación del trabajador.**
- D) **Falta de medidas de protección en andamios y de EPI con tolerancia de la empresa.**

2. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL.

- A) **No evitar circulación simultánea de carretillas elevadoras y peatones.**
- B) **Falta de protección al trabajador respecto a los cilindros.**
- C) **Solidaridad en contratatas y subcontratatas.**

3. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

- A) **Falta de culpabilidad del empresario.**
-

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica está incluido el análisis de las decisiones judiciales aparecidas en los números 9 a 11 de la *Revista Información Laboral*, correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2011, que incorporan contenido de seguridad y salud laboral.

1. RECARGO DE PRESTACIONES

A) Falta de medidas de protección individual

La Sentencia del TSJ de Asturias de 29 de abril de 2011, IL J 1124/2011, estudia el caso de un trabajador electricista al servicio de una contratista que acude a la empresa principal a revisar la instalación; abrió una canaleta o tapa de cables para verlos, así como su estado, observando el aislamiento tostado y entre ellos pegados, produciéndose un cortocircuito y la consiguiente deflagración en el cuadro que alcanzó al trabajador que destapó la tapa, in-

cendiéndose la ropa y produciéndole quemaduras de primer grado en el cuarenta por ciento de su cuerpo. La deflagración se produjo en un contacto entre los cables que se movieron al abrir la tapa, lo que provocó el cortocircuito.

En ese momento del accidente el trabajador no tenía puesta la pantalla facial para la protección de la proyección por arco eléctrico ni casco aislante, siendo que los medios de prevención de todo trabajo en una instalación eléctrica o en proximidad que conlleve un riesgo eléctrico deberá efectuarse sin tensión y los trabajadores deberán actuar con métodos y procedimientos específicos y utilizarán los EPI necesarios.

La empresa principal y la contratista aducen en su defensa extralimitación del trabajador en sus funciones, negando la principal su solidaridad con la contratista. Al respecto, la función del trabajador consistía en revisar los cuadros eléctricos afectados con el fin de observar su estado y el del cableado, para lo que era necesario abrir la tapa aislante, apertura que no conllevara una explosión salvo, como en el caso, por el mal estado de los cables se encontraban pegados y el aislamiento entre ellos tostado, lo que produjo el cortocircuito por el movimiento de la caja.

La Jurisprudencia unificadora ya ha sentado las bases sobre el recargo, entre las que destaca la que hace referencia a que la responsabilidad empresarial es cuasi-objetiva con escasa incidencia de la conducta del trabajador (como ya se afirmó con relación a la intrascendencia de la falta de negativa a realizar los trabajos sin la protección requerida en un supuesto de accidente de trabajo de un trabajador).

Se debe encontrar la responsabilidad por culpa del «empresario infractor» ya que se trata de concurrencia de empresarios. Al respecto, si la culpa consiste en no prever lo previsible o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso, revelándose con ello la existencia de una actuación negligente que se manifiesta cuando no se ha actuado con el cuidado necesario para impedir el siniestro ni adoptado las medidas necesarias para evitar el daño previsible, resulta que en el caso hay datos que permiten apreciar la negligencia del empresario al no adoptar la prudencia que le era exigible para evitar el riesgo que motivó el accidente de trabajo.

En el caso de instancia era previsible lo que ocurrió y era evitable ya que el cortocircuito, en las circunstancias en que se produjo, no constituye un hecho insólito o extraordinario; siendo la previsibilidad la esencia de la culpa extracontractual, el acaecimiento de la deflagración demuestra que la diligencia adoptada por el empresario fue incompleta y que no es caso fortuito sino actitud negligente ante la falta de medios para evitar la explosión, existiendo entre la omisión culposa y el resultado dañoso una relación directa.

En cuanto a la responsabilidad solidaria de empresa principal y contratista, la Sentencia estudiada recoge la doctrina sentada en STS de 26 de mayo de 2005, en la que se declara como importante «la inspección o vigilancia de la empresa principal»; siendo «una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control» (STS de 5 de mayo de 1999).

En cuanto al porcentaje de recargo de entre el 30% y el 50% a tenor del art. 123 LGSS está en relación a la «gravedad de la falta» (STS de 19 de enero de 1996) según el margen de apreciación del juzgador, pudiéndose revisar solo cuando no guarde manifiestamente

proporción con esta directriz, como ocurre cuando se fija una cuantía porcentual mínima para una infracción muy grave o viceversa.

B) Falta de Plan de prevención por ineficaz

La Sentencia del TSJ de Aragón de 8 de julio de 2011, IL J 1773/2011, estudia el accidente de trabajo sufrido por el trabajador de una industria química operador de residuos. El accidente se produjo en la estación de tratamiento de aguas residuales de la planta de fabricación de ácido tricloroisocianúrico (ATCC) al explotar un bidón que contenía finos provenientes de un filtro de mangas. A consecuencia de la explosión se produjo la proyección de finos y el trabajador que realizaba las tareas de destrucción de los finos, tareas habituales de su puesto de trabajo y que venía realizando desde hacía cuatro años, resultó lesionado con edema en la garganta, quemaduras en la boca y daño en las córneas de los ojos.

No llevaba puesta la máscara de seguridad que era obligatoria según la instrucción de trabajo dada por la empresa y había estado moliendo pastillas de ATCC que no eran conformes porque estaban manchadas de grasa, pastillas que después de molidas se neutralizaban en la estación de tratamiento de aguas residuales de la planta de fabricación. Cuando vio que el bidón que recogía el producto de la molienda se había incendiado utilizó un extintor en polvo y al final lo apagó con agua. Más tarde explotó ya que contenía finos del filtro de mangas que él echó.

La evaluación de riesgos no contemplaba expresamente el riesgo de explosión originado por el contacto del ácido ATCC con el fosfato de amonio y sulfato de amonio de los extintores de polvo ABC.

El deber del empresario desborda el mero cumplimiento formal de un conjunto pre-determinado más o menos amplio de deberes y obligaciones empresariales, y más aún, la simple corrección *a posteriori* de situaciones de riesgo ya manifestadas, y de ello deriva la previsión del art. 14.2 LPRL de que «en el cumplimiento del deber de prevención el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con su trabajo».

En el presente supuesto constata la sentencia analizada que no se han cumplido las previsiones contenidas en el RD 374/2001, de 6 de abril, contra riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo y que impone al empresario la obligación de determinar la existencia de productos químicos peligrosos y de evaluar sus riesgos. En el caso presente se ha constatado que el Plan de prevención ha resultado totalmente ineficaz pues no contemplaba la posibilidad de una situación presente ya en las prevenciones del propio legislador, resultando incontestable la relación causa-efecto entre el accidente y la omisión descrita, a la que se une la inexistencia de carteles junto a los extintores de polvo ABC que alertan del peligro de explosión en su contacto con el ATCC, por resultar previsible que ante una situación de emergencia, con las prisas y los nervios de los trabajadores, aunque conocieran tales riesgos, cometieran una equivocación, posibilidad que se eliminó después del accidente al colocarlos en otros lugar.

El comportamiento de peligro del trabajador no puede calificarse de temerario pues la imprudencia de carácter profesional no enerva la declaración de la contingencia del accidente de trabajo y ha de ser prevista por el empresario. A lo sumo, dicha negligencia

facultaría, en trance de individualización de la sanción, para moderar ésta hacia sus límites inferiores, que ha sido la decisión adoptada.

C) Falta de formación del trabajador

La Sentencia del TSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2011, IL J 1200/2011, estudia un caso en el que el accidente se produjo cuando el trabajador se disponía a colocar unas placas de policarbonato sobre una estructura de acero previa para cubrir una rampa mecánica de bajada al parking subterráneo del Centro comercial en cuya construcción estaba empleado; para la colocación de tales placas el trabajador debía utilizar unas plataformas elevadoras de tipo brazo, debiendo colocarse la cesta de la plataforma sobre la zona en la que atornillar la placa para que el trabajador, arrodillado y sacando los brazos por las barandillas, procediera a su montaje. El trabajador salió de la cesta para proceder a la colocación de una de las placas, pisando directamente sobre otra placa de policarbonato que cedió ante su peso, cayendo sobre la rampa de acceso al parking desde una altura de aproximadamente cuatro metros.

El problema se presenta porque el tipo de plataforma obligaba al trabajador a arrodillarse en la cesta para poder sacar los brazos por las barandillas para atornillar las placas y en esa situación el trabajador se salió de la cesta, pisando directamente sobre otra placa que cedió. No se había dado formación al trabajador sobre los riesgos específicos del trabajo con este tipo de placas de policarbonato, sobre su resistencia y fragilidad para aguantar el peso de una persona, siendo la causa del accidente la negligencia del trabajador, pero que el art. 15.4 LPRL obliga a ser tenida en cuenta por el empresario. El aspecto físico de las placas conduce al trabajador a pensar que serán suficientemente resistentes para soportar su peso ignorando la fragilidad de este material.

Además, debió la empresa haber utilizado otro tipo de plataforma, andamio o estructura más cómoda y adecuada, pues con la utilizada y con un exceso de confianza es natural que optase por salir de la cesta para apoyarse directamente sobre las placas.

La sentencia ahora estudiada recuerda la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad empresarial (SSTS de 2 octubre de 2000, 26 de marzo de 1999, 6 de mayo de 1998 y 8 de octubre de 2001) y aplica el recargo de prestaciones en su grado mínimo.

D) Falta de medidas de protección en andamios y de EPI con tolerancia de la empresa

La Sentencia del TSJ de Extremadura de 30 de junio de 2011, IL J 1340/2011, falla con el recargo de prestaciones al empresario principal y a la subcontratista cuando un trabajador de esta última prestaba servicios consistentes en la terminación de una piscina cubierta climatizada. En el Plan de Seguridad elaborado y asumido por ambas empresas se establecen en relación con los andamios tubulares que «se montarán a una distancia de igual o inferior a 30 cm del parámetro vertical». El subcontratista infringe el propio Plan ya que los andamios estaban colocados entre 70 y 80 cm y el trabajador, además, no hacía uso del arnés debido a que le impedía hacer las maniobras requeridas; la empresa lo venía tolerando; así, el trabajador iba colocando escuadras metálicas en el centro del forjado, para lo que

debía taladrar éste, y a continuación colocar los tacos desde el andamio sacando parte de su cuerpo entre la barandilla y el listón intermedio, con su mano derecha operaba y con la izquierda se sujetaba a la barandilla, perdiendo el equilibrio y cayendo por el hueco indebidamente ancho cuando colocaba la penúltima escuadra.

La empresa principal incumple el deber de vigilancia, incumplimiento que en este caso es continuo al haber desarrollado ese *modus operandi* durante toda la labor que venía desempeñando el trabajador accidentado, lo que implica que afecta al deber de organizarse el trabajo y procurarse los mecanismos de seguridad en las instalaciones de trabajo, que debía de haber previsto en este caso la posible negligencia del trabajador al no tener colocado el arnés de seguridad (art. 15 LPRL); incluso aunque hubiera podido el trabajador realizar su cometido sin el arnés debió preverse una medida de seguridad colectiva subsidiaria (art. 17 LPRL y RD 1627/1997, de 24 de octubre, en relación con el RD 1215/1997, de 18 de julio).

La decisión judicial ahora analizada aplica la doctrina del Tribunal Supremo en aplicación del art. 123 LGSS (SSTS de 2 de octubre de 2000, 14 de febrero y 9 de octubre de 2001 y 21 de febrero de 2002) en cuanto atribuible a la empresa incumplidora, tratándose de responsabilidad cuasi-objetiva con escasa incidencia de la conducta del trabajador, ya que el empresario deberá garantizar la salud y seguridad de sus trabajadores (arts. 14.2, 15.4, 17.1 LPRL); el empresario es garante de la vida, integridad física y salud de los trabajadores, no pudiendo quedar exonerado de responsabilidad porque otros incumplan sus obligaciones, pues debe velar y supervisar que en la empresa se cumplen las condiciones necesarias para que el trabajo se ejecute de la forma más segura posible (STS de 26 de mayo de 2004).

La citada Sentencia del TSJ de Extremadura de 30 de junio de 2011 termina declarando la solidaridad de empresa principal y contratista en el recargo del 30%, mínimo al haber participado con imprudencia profesional el trabajador accidentado.

2. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

A) No evitar circulación simultánea de carretillas elevadoras y peatones

La Sentencia del TSJ de La Rioja de 1 de julio de 2011, IL J 1377/2011, analiza la concurrencia de trabajadores de dos empresas subcontratadas por una principal en el muelle de carga anexo al almacén de la empresa, como la circulación simultánea de carretillas elevadoras y peatones en el mencionado muelle; la ausencia de delimitación y señalización de la zona de circulación, ausencia de una prohibición que impidiese el acceso al centro de trabajadores sin equipos de protección individual y la inexistencia de un procedimiento de trabajo seguro para la realización de tareas de carga de camiones de forma coordinada y segura para los trabajadores que intervienen en la misma. Las causas ahora descritas suponen infracción de los arts. 14.1, 2 y 3; 15.4 y 17.1 LPRL en relación con los RRDD 486/1997, 485/1997 y 1215/1997.

El deber de protección que atañe a la empresa principal no solo alcanza al deber de evaluar los riesgos, planificar la actividad preventiva o informar a los trabajadores de los riesgos de su puesto de trabajo, sino que abarca también a la obligación que le incumbe

de vigilar que las medidas de prevención se cumplan de forma efectiva en el desarrollo de la actividad, siendo responsable de los daños causados por la falta de observancia de esta obligación, sin que la posible imprudencia del trabajador —salvo la temeraria, que no se da en este caso— exoneren de responsabilidad al empresario incumplidor.

B) Falta de protección al trabajador respecto a los cilindros

La trabajadora, limpiadora de profesión, sufrió un accidente de trabajo en el restaurante donde prestaba servicios; estaba limpiando el suelo del lavabo de minusválidos y, en un momento determinado, mezcló lejía y sulfumán, inhalando los vapores resultantes de la mezcla de ambos productos. Son los hechos estudiados en la Sentencia del TSJ de Cataluña de 9 de mayo de 2011, IL J 1171/2011.

La citada decisión judicial reitera la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la existencia de un nexo causal adecuado entre el siniestro del que trae causa el resultado dañoso para la vida o integridad física de los trabajadores y la conducta pasiva del empresario consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias (STS de 5 de noviembre de 1999); pudiendo afectar esta omisión a medidas generales o particulares de seguridad, y en relación con la interpretación que hay que dar al recargo de prestaciones (STS de 12 de junio de 2007, rec. 938/2006).

Aplica esta construcción del Tribunal Supremo a pesar de que la empresa impartiera instrucciones escritas a la trabajadora accidentada en las que se le prohibía «intentar meter las manos en los cilindros del laminador cuando se caiga un cuerpo extraño», ya que la conducta omisiva del empresario consistente en no llevar a la práctica la medida de protegerse el trabajador respecto de los cilindros de la máquina, la causa eficiente y determinante del daño producido a la trabajadora; acontecimiento que no se hubiera producido de haberse cumplido por el empleador «*a priori* y no *a posteriori*» del accidente las condiciones mínimas de seguridad debidas.

C) Solidaridad en contratas y subcontratas

La Sentencia del TSJ de Cataluña de 8 de junio de 2011, IL J 1219/2011, estudia un supuesto de responsabilidad solidaria de la empresa principal aunque la contratista no sea de la propia actividad. El trabajador accidentado, conductor de camión, presta sus servicios a una empresa de transportes subcontratada por una contratista también de transportes que había contratado para la principal dedicada a la automoción en cuyo centro de trabajo se estaba descargando mercancía. Un trabajador de la principal con su carretilla atropella al conductor del camión que se encontraba descargando.

El accidente se produce por infracción de la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad; por su parte la empresa contratista responde igualmente debido a la obligación que tienen las empresas, cuyos trabajadores actúan en un mismo centro de trabajo, de coordinar las actividades.

Queda acreditada la culpa de la empresa principal porque era titular del centro de trabajo y de la carretilla en mal funcionamiento, con una zona de trabajo, sin que hubiera coordinación de prevención con las empresas que acudían con sus camiones a cargar y

descargar y que le correspondía a aquélla como propietaria del centro de trabajo. Se aplican los arts. 24.3 LPRL y 42.3 RDL 5/2000 y la doctrina del Tribunal Supremo sobre solidaridad contenida en SSTs de 26 de mayo de 2005, rec. 3726/200, 16 de diciembre de 1997, rec. 136/1997, y 7 de octubre de 2008, rec. 2426/2007.

En estas situaciones (STS de 18 abril de 1992) «es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste». En estos casos (STS de 5 mayo de 1999, rec. 3656/1997) «será el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determinará la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control».

Cuando la empresa principal y la contratista, como en este caso, se dedican a distinta actividad, lo primero a observar es si el accidente se ha producido en un centro de trabajo de la principal, bajo el control y la inspección de ésta, y que los frutos o resultados del trabajo repercuten en ella; lo segundo que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la principal y dentro de su esfera de responsabilidad, hecho este último que permite establecer directa e inequívocamente la responsabilidad de la titular del centro de trabajo con independencia de que las empresas interesadas desarrollen una «distinta actividad».

La Sentencia del TSJ de Cataluña de 8 de junio de 2011, IL J 1219/2011, también estudia un supuesto de responsabilidad solidaria entre una empresa promotora que también se dedica a la construcción en un supuesto de rehabilitación de edificio de su propiedad y que contrata la colocación de la carpintería con otra empresa cuyo trabajador sufre un accidente de trabajo en el centro de trabajo de esta última.

Se argumenta por la empresa promotora que no tiene condición de contratista ejecutora de la obra sino de promotora que no está dentro de la esfera del empresario principal que le atribuye la sentencia de instancia, por lo que ninguna responsabilidad cabe imputarle en la causación del accidente ocurrido en un centro de trabajo que no es de la promotora y sufrido por un trabajador que no lo es de la misma.

En contra, argumenta el TSJ de Cataluña en la sentencia ahora analizada que el art. 8.º de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, considera como agente de la edificación al promotor que es distinto del constructor y que a su vez no hay que confundirlo con el contratista; pero la promotora en este caso tiene la condición también de constructora, el accidente ocurre en un edificio sito en una propiedad de esta promotora-constructora y ha contratado con la contratista encargada de la carpintería metálica cuyo trabajador ha resultado accidentado.

En definitiva, la promotora-constructora es la empresa principal y le resulta de aplicación el art. 24.3 LPRL, pues contrata con otra empresa la realización o servicio correspondiente a su propia actividad y por tanto tiene el deber de vigilar el cumplimiento por los contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales,

normativa que en el caso enjuiciado es manifiesto se ha incumplido; con independencia de que se hubiera podido extender la responsabilidad a la empresa empleadora del accidentado e incluso a la empresa que proporcionó y montó el andamio, lo cierto es que dado el carácter solidario de la responsabilidad de todas las empresas a quienes incumbe el debido cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en un determinado centro de trabajo, resulta de total aplicación el recargo de prestaciones a esta empresa principal (promotora-constructora).

En igual sentido que la anterior, la Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de julio de 2011, IL J 1401/2011, analiza la relación de causalidad existente entre la conducta empresarial de no adoptar las medidas de seguridad y el accidente sufrido por el trabajador, declarando la responsabilidad solidaria del empresario principal y del contratista cuando el accidente se produjo en la esfera del conjunto productivo de la principal; responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad —deber de vigilancia y de cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos— de todos los que prestan servicios en el ámbito productivo que se halla bajo su control.

3. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

A) Falta de culpabilidad del empresario

La Sentencia del TSJ de Castilla y León de 20 de octubre de 2011, IL J 1405/2011, analiza el caso de una trabajadora peón especialista cedida por una ETT a otra usuaria en la que prestaba sus servicios retirando cajas mediante un puente grúa de la flejadora acabado final. La máquina disponía de un aparejo compuesto por una cadena de cuatro ramales; de cada uno cuelga un gancho; se sujeta la caja con dos ramales y los otros dos se dejan sueltos; uno de los ganchos del ramal se suelta y golpea el brazo de la trabajadora. Esta acción la hacían igual otros trabajadores y además así era contemplada por responsables de la empresa. La empresa de trabajo temporal y la usuaria tienen contratada la cobertura de la responsabilidad civil en sendas empresas aseguradoras, y en primera instancia fue condenada la aseguradora de la usuaria.

El TSJ estudia el recurso presentado por dicha aseguradora que defiende la ausencia de responsabilidad porque debe ser ésta culpable y subjetiva, descartándose los principios de la responsabilidad objetiva. El TSJ admite esta teoría de la responsabilidad por daños y perjuicios (con cita de la STS de 30 de noviembre de 1997, rec. 22/1997, por todas) pero «... al ser los daños producidos previsibles y producidos por una actividad con riesgo e originarlos y en beneficio del empresario, causante de esta situación..., estamos ante “una responsabilidad cuasi-objetiva, por el carácter complementario y subsidiario de la responsabilidad de los arts. 1902 a 1910 C°civil de la responsabilidad contractual y la posibilidad de la concurrencia de ambas en yuxtaposición, acercando el régimen de la responsabilidad aquiliana a la responsabilidad por riesgo con la minoración del elemento estrictamente moral y subjetivo de culpa en sentido clásico, con valoración predominante de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico, y consiguiente imputación de daños causados a quien obtiene el beneficio por estos medios creadores de riesgo» (STS de 30 de noviembre 1997, rec. 22/1997). A esta construcción jurídica se le añade la inversión de la

carga de la prueba y se alcanza prácticamente una responsabilidad objetiva.

En el caso analizado por la Sentencia no se aprecia por el TSJ culpa en el sentido clásico y tradicional pues no existen contravenciones de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo, ya que no existe acto u omisión imputable a la empresa usuaria y, por tanto, tampoco hay responsabilidad para la aseguradora. El accidente se produjo por una incorrecta manipulación de la máquina en la que venía operando la trabajadora accidentada, extremo que solo es imputable a ella, pues era la máquina que venía manejando de forma habitual y para la que había recibido formación para su correcto funcionamiento. En todo caso fue la propia trabajadora la que por causas fortuitas e imprevisibles sufrió el golpe en el brazo izquierdo, por lo que la causa del accidente no guarda relación con incumplimiento empresarial alguno en materia de prevención de riesgos laborales. Por ello no existe la negligencia a que alude el art. 1101 C°civil descrita en el art. 1104 C. civil como «omisión de aquellas diligencias que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a circunstancias de personas, tiempo y lugar», puesto que por la forma de producirse el accidente no se aprecia grado de culpabilidad bastante por parte de la empresa como para acceder a la indemnización de daños y perjuicios, sin que se le pueda imputar una genérica *culpa in vigilando*.

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)



El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

VV.AA., JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ (Dir.)

Colección «Comentarios a la legislación social», Editorial Comares, Granada, 2012, 1277 páginas

[FARAH AMAADACHOU KADDUR.

Becaria de investigación. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada]

Dentro de la Colección «Comentarios a la legislación social» de la editorial Comares, y en aras a contribuir al impulso de los estudios en materia de Derecho Social, cabe destacar como novedad bibliográfica este *Comentario del Estatuto de los Trabajadores*, en el que se ofrece un tratamiento riguroso y de orientación jurídico-práctica, con un completo análisis de tipo teórico-práctico, e incorporando las referencias oportunas a las elaboraciones jurisprudenciales en cada uno de los artículos comentados y materias abordadas.

Para ello, se ha tenido el inmenso honor de contar con la inestimable colaboración de especialistas de consolidado y reconocido prestigio en el mundo del Derecho, tanto en nuestro ámbito nacional como más allá de nuestras fronteras, procedentes de distintas Universidades españo-

las, todos ellos bajo la dirección de José Luis Monereo Pérez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. Juntos, desde el entusiasmo de cada uno de ellos, con gran esfuerzo y dedicación han contribuido de manera brillante a la realización y consecución de una excelente tarea de estudio jurídico-sistemático, logrando que esta obra colectiva, de gran envergadura y de incuestionable repercusión, vea finalmente la luz.

Como se puede comprobar, nos encontramos ante un referente bibliográfico de máxima actualidad que constituye una valiosa herramienta de análisis tanto para profesionales, operadores jurídicos, actores sociales, políticos, económicos, alumnos de los distintos ciclos académicos y de los diversos títulos de Grado, Máster Universitarios y programas de Doctorado o cualquier lector con o sin experiencia sobre el objeto de estudio de la obra reseñada.

Es evidente que se ha logrado con éxito el fin principal que preside este *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, que no es otro que realizar un tratamiento técnico-jurídico y jurídico-práctico de los problemas que suscita la aplicación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que, sin duda, es uno de los pilares normativos sobre el que se sustenta la disciplina del Derecho del Trabajo, la cual, desde sus orígenes hasta la actualidad, constituye un derecho vivo, contribuyendo a formalizar jurídicamente nuestra realidad social.

En este mismo orden de ideas cabe destacar, como no podría ser de otro modo, una de las señas de identidad de la obra objeto de recensión y es que, respecto a otros prestigiosos comentarios existentes en el panorama editorial, éste viene a ocupar un espacio propio y con objetivos diferentes, aunque efectivamente comparten el mismo género, en cuanto a la recopilación de ex-

celentes comentarios a cada uno de los distintos pasajes a lo largo de un extenso articulado legal, pero no en idénticos términos; por consiguiente, no aspira a ser una alternativa sustitutiva, sino que se une a dichas obras para enriquecerlas con una observación científico-jurídica y práctica. En definitiva, nos hallamos frente a un comentario extenso y profundamente analítico. Además, este libro contribuye a una adecuada clarificación del verdadero sentido y alcance jurídico-positivo de la ordenación normativa, sin dejar de tener siempre en cuenta la doctrina judicial.

Este Comentario recoge aproximadamente una veintena de normas que han ido modificando el texto del Estatuto de los Trabajadores de 1995. Por su reciente modificación, así como por su trascendencia, se pueden destacar dos reformas debidamente incorporadas a esta gran obra, la primera de ellas centrada en la relación individual de trabajo, mediante el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, posteriormente la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, junto con el Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, y el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo. La segunda gran reforma se centra en la Negociación colectiva, y se instrumentaliza mediante el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, que como es sabido es la primera reforma de nuestro sistema de negociación colectiva desde su regulación inicial para hacer frente a los nuevos retos emergentes en una realidad social continuamente cambiante.

También se recogen en este *Comentario* las reformas que han afectado de manera tanto directa como indirecta al Estatuto de los Trabajadores a lo largo de su vigencia, de las que, sin ánimo de exhaustividad, merecen ser mencionadas la reciente Ley 36/2011, de 11 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, o la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Como conclusión, tal y como se ha puesto de relieve a lo largo de esta reseña bibliográfica, es preciso decir que nos encontramos ante una obra que cubre de manera excelente la materia objeto de estudio, en la que se logra conjugar de manera exitosa un riguroso y completo estudio jurídico-sistemático con el empleo de una depurada y adecuada metodología, complementándose, aún más si cabe, con el empleo de una agradecida claridad expositiva que contribuye a su máxima comprensión.

Además, debe dejarse constancia fehaciente de que esta magnífica referencia bibliográfica no solo contribuye a un acercamiento a la aplicación de las normas sino también a las funciones de los operadores jurídicos en su conjunto.

Así, como se ha venido adelantando en las líneas precedentes, la calidad de este referente bibliográfico resulta ser fielmente avalada por el reputado y prestigioso plantel de autores intervinientes, que gracias a su heterogénea procedencia contribuyen al mejor aval que cualquier obra de esta envergadura pueda tener.

Indudablemente, este innovador *Comentario al Estatuto de los Trabajadores* está llamado a adquirir la condición de obligada referencia y consulta no solo para la doctrina jurídica, sino para todo aquél que deba interesarse por esta materia de trascendencia incuestionable en nuestra realidad social, así como en el ámbito de las relaciones laborales.



Reforma Laboral 2012. Análisis Práctico

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
y JESÚS R. MERCADER UGUINA (coords.)
Lex Nova, Valladolid, 2012 (600 págs.)

[REDACCIÓN LABORAL LEX NOVA]

El libro *Reforma Laboral 2012* realiza un completo y práctico análisis de las importantes modificaciones que el **Real Decreto-ley 3/2012** introduce en nuestra legislación laboral, convir-

tiéndose así en una útil herramienta para desen-
trañar e interpretar con detalle el significado y
alcance de esta amplia reforma.

Esta norma introduce cambios de gran impor-
tancia en la regulación legal de nuestro merca-
do de trabajo y modifica de forma relevante las
institucionales cardinales de nuestras relaciones
laborales. Baste con señalar que se elimina la au-
torización administrativa para el despido colecti-
vo, que se reduce la indemnización por despido
improcedente de 45 a 33 días por año de servicio
y, en fin, que se suprimen los salarios de tramita-
ción y el llamado **despido exprés**.

A la hora de interpretar y aplicar lo que significa
esta compleja reforma, la monografía, redacta-
da por **prestigiosos especialistas** en la materia,
será de ayuda para todos los actores de las rela-
ciones laborales.

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>.

8. **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.